

UNIVERSITÉ DE CAEN -- FACULTÉ DE DROIT

LE MARIAGE
DANS SES RAPPORTS
AVEC LE DROIT PÉNAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue publiquement

*dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
le samedi 14 juin 1941, à 15 heures*

PAR

PAUL MONZEIN

Juge d'Instruction au Tribunal de Première Instance de Caen

JURY D'EXAMEN :

M. PERREAU, *Professeur, Président de la Thèse,*
M. GOMBEAUX, *Professeur,*
M. LEMONNIER, *Professeur.*



ALENÇON

IMPRIMERIE ALENÇONNAISE
MAISON FOULET-MALASSIS

1941

UNIVERSITÉ DE CAEN -- FACULTÉ DE DROIT

LE MARIAGE
DANS SES RAPPORTS
AVEC LE DROIT PÉNAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT
soutenue publiquement
dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit
le samedi 14 juin 1941, à 15 heures

PAR

PAUL MONZEIN

Juge d'Instruction au Tribunal de Première Instance de Caen

JURY D'EXAMEN :

M. PERREAU, *Professeur, Président de la Thèse,*
M. GOMBEAUX, *Professeur,*
M. LEMONNIER, *Professeur.*



ALENÇON

IMPRIMERIE ALENÇONNAISE
MAISON POULET-MALASSIS

1941

UNIVERSITÉ DE CAEN - FACULTÉ DE DROIT

Année Scolaire 1940-1941

Doyen :

M. HENRY NEZARD (*, I. U)

Assesseur du Doyen :

M. GOMBEAUX (*, I. U)

Professeurs honoraires :

MM. CABOUAT (O. *, I. U)

DEGOIS (I. U).

BRIDREY (*, I. U)

Professeurs :

MM.

NÉZARD (*, I. U), professeur de Droit administratif, chargé du Cours de Législation Minière;

GOMBEAUX (*, I. U), professeur de Droit civil, chargé du Cours de Droit international privé;

BRUNET (*, I. U), professeur sans chaire, député;

LEPARGNEUR (*, I. U), professeur de Droit commercial, chargé du Cours de Droit maritime;

LEMONNIER (I. U), professeur de Droit civil, chargé du Cours de Législation industrielle;

PERREAU (*, I. U, Croix des Engagés volontaires), professeur de Droit criminel;

LAMPUÉ (I. U), professeur de Droit international public et de Droit constitutionnel;

YVER (*, U), professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit privé;

PRUD'HOMME (*, *, U), professeur de Procédure civile et de Voies d'exécution, en congé;

FRÉJAVILLE (U), professeur de Droit civil, chargé du Cours de Droit civil approfondi et comparé;

BESNIER (*, U), professeur de Droit romain, chargé du Cours d'Histoire de la Coutume de la Normandie;

LEDUC, professeur d'Economie politique, en mission;

SAINT-GERMÈS, professeur d'Economie politique;

VILLEY-DESMESERETS, agrégé;

PLANCQUEEL, chargé des Cours de Procédure civile et de Voies d'exécution.

Secrétaire :

ROUX (*, I. U, *, *), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A ma Mère,

A ma Sœur,

*A tous ceux qui m'ont dirigé
ou conseillé dans l'étude du Droit.*

INTRODUCTION

Source de la famille, le mariage forme une des bases de la Société. Il confère aux enfants issus de l'union conjugale la qualité d'enfants légitimes avec toutes les prérogatives qui se rattachent à ce titre. Il entraîne, en outre, des conséquences les plus diverses, qui intéressent un grand nombre de personnes et se répercutent dans de multiples domaines.

Le mariage crée entre les époux des devoirs et des droits. Parmi les premiers, citons : l'obligation d'aide et d'assistance réciproques, l'obligation de cohabitation. Parmi les seconds, les droits du mari dans la gestion des biens de son épouse et les droits du conjoint survivant.

Entre les époux et leur famille, le mariage produit aussi des effets remarquables ; il donne naissance, notamment, à une obligation alimentaire.

Les tiers ont intérêt à connaître la qualité de célibataire ou de personne mariée de ceux avec lesquels ils contractent, surtout lorsque leur co-contractant est une femme, puisque, dans certaines hypothèses, la femme mariée ne peut valablement engager les biens qui lui appartiennent.

Le mariage apparaît comme tenant une place considérable dans les relations juridiques entre les individus. Cette importance même devait, suivant l'expression de

Demolombe (1) attirer sur lui « la plus sérieuse sollicitude du législateur ».

Les textes législatifs concernant le mariage abondent, les plus nombreux ont trait à des dispositions civiles. Mais, les règles relatives à une institution aussi générale, dont les effets sont aussi étendus, ne peuvent être limités à une seule branche du droit. Plusieurs dispositions pénales s'y rapportent.

*
* * *

Les rédacteurs du Code civil ont voulu que, pour contracter mariage, les futurs époux remplissent une série de conditions et satisfassent à diverses obligations. Les conjoints doivent, sauf dispense, avoir dépassé l'âge minimum de 18 ans révolus pour l'homme et de 15 ans révolus pour la femme. Il est en outre indispensable qu'ils ne soient pas engagés dans les liens d'un précédent mariage non dissous et qu'il n'existe pas entre eux de liens de parenté ou d'alliance trop étroits. Si les fiancés sont mineurs, ils doivent encore justifier de l'approbation par leurs parents de l'union projetée. Au cas de dissentiment entre les parents, les mineurs sont tenus de faire une notification à celui qui s'oppose au mariage. Enfin, toute femme qui se remarie ne peut convoler à nouveau qu'après expiration d'un délai « de viduité ».

Les dispositions prévues par le Code civil ont été modifiées en grande partie postérieurement à 1804. Certaines obligations ont été supprimées, une nouvelle a été créée.

(1) *Cours de Code Civil*, t. 3, n° 2.

Aux conditions de fond que nous venons d'énumérer, il faut ajouter des conditions de forme. Indépendamment des règles communes aux actes de l'état civil, qui sont applicables à l'acte de mariage, la célébration est soumise à une publicité et assujettie à des publications préalables.

La publicité met obstacle aux unions clandestines. Elle impose la célébration du mariage dans la maison commune, au lieu où l'un des futurs époux a son domicile, l'assistance de témoins, le libre accès du public.

Depuis la loi de 1927 les publications sont réduites à un affichage à la porte de chacune des mairies où les parties contractantes ont leur domicile ou leur résidence.

Après avoir énuméré la série des exigences légales auxquelles se trouve liée la formation du mariage, il importe d'examiner quelles sont les conséquences de leur violation. Ces dernières sont généralement graves : en de nombreux cas le mariage se trouve atteint de nullité.

Lorsque la faute qui a causé ce résultat incombe aux conjoints, on peut se demander s'il est opportun de prévoir une sanction pour un fait dont les coupables sont les premières victimes. Mais, souvent, aucune part de responsabilité ne peut être retenue à la charge de l'un d'eux : il en est ainsi lorsqu'une personne, de bonne foi, a épousé un bigame. Parfois même aucune négligence ne peut être reprochée aux parties contractantes, la faute ayant été commise par l'officier de l'état civil. Dans ces deux dernières hypothèses une répression particulière s'impose.

Le législateur ne s'est pas borné à laisser aux victimes le simple recours de droit commun, fondé sur l'article 1382

du Code civil ; il a estimé qu'en raison du rôle important joué par le mariage dans la Société, des sanctions pénales étaient indispensables et que l'ordre public justifiait de telles mesures ; il a prévu des peines d'amende et d'emprisonnement, ou plus sévères encore, pour réprimer les infractions commises lors de la formation du mariage.

Si le mariage se présente aujourd'hui comme un contrat civil, il n'en n'a pas toujours été ainsi. Pendant toute la période de l'Ancien Régime, cette institution a revêtu un caractère presque exclusivement religieux. Lors de la Révolution, l'Assemblée Constituante décida la sécularisation des actes de l'état civil et proclama la liberté des cultes. L'une des conséquences de ce changement fut la dissociation du contrat civil et du sacrement dans le mariage. Le premier devint obligatoire et le second facultatif. Rompre de façon aussi brusque avec une tradition séculaire n'était pas sans périls et l'on pouvait craindre que la loi ne soit pas appliquée ; que les parties se bornent à recevoir la bénédiction nuptiale comme par le passé et ne se présentent pas devant l'officier de l'état civil ; et que, en agissant ainsi, par ignorance ou par négligence, elles ne soient pas mariées. Pour parer à ce danger le législateur décida que les ministres des cultes devraient s'assurer de la célébration préalable du contrat civil ; et, par l'article 200 du Code pénal, il fixa la sanction des manquements à cette obligation.

Le mariage, base de la famille légitime, donne, à ce titre, naissance à de nombreuses obligations. C'est d'abord, pour les époux, celle d'élever leurs enfants ; de

leur assurer ce dont ils ont besoin pour subsister, de les faire bénéficier de l'éducation et de l'instruction qui leur sont nécessaires. En cas de manquements des parents à ce devoir, ils peuvent y être contraints par Justice. Quand, par un défaut de soin ou de direction, ils compromettent la santé, la sécurité ou la moralité de leurs enfants, ils encourent la déchéance des droits de la puissance paternelle. Lorsque l'état physique du mineur a été atteint, ils doivent être condamnés par les tribunaux correctionnels.

A l'obligation alimentaire des parents légitimes envers leurs descendants, qui puise sa source dans la procréation et le mariage, correspond une obligation identique qui lie les parents naturels à leurs enfants. Les deux se trouvent sanctionnées pénalement de façon identique.

D'autres obligations sont particulières au mariage. Celles fixées par l'article 212 du Code civil, qui prévoient que « les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ». En astreignant les conjoints au respect de la foi conjugale le législateur a consacré une règle morale et religieuse indiscutée. Mais, comme la violation de ce devoir par la femme « suppose plus de corruption, et a des effets plus dangereux (1) » que celle commise par le mari, les fautes de la femme sont plus sévèrement réprimées. Pour que l'adultère du mari devienne punissable il faut qu'il soit aggravé par l'entretien de la concubine au domicile conjugal. Cette différence de traitement a persisté longtemps, aussi bien sur le terrain civil que

(1) PORTALIS : *Exposé des motifs*. Procès-verba du 19 ventose, an II, t. 2, p. 536.

sur le terrain pénal. Depuis 1884 l'adultère simple du mari est devenu un motif de divorce, mais la distinction subsiste en matière répressive.

L'obligation de secours et d'assistance devait avoir une importance considérable pour les auteurs du Code civil. Le laconisme du texte qui l'édicte semble indiquer que le législateur la considérait comme un devoir élémentaire. « Quel ami des mœurs pourrait » lui « refuser son assentiment » disait le Tribun Gillet en la présentant (1). Il est certain que l'article 212 du Code civil astreint les époux à une assistance et à des secours tant matériels que moraux ; mais, si tel est le principe, l'évolution des temps a modifié les sanctions. L'époux matériellement lésé a bien été armé pour défendre ses droits, fut-ce en faisant condamner son conjoint en correctionnelle, mais l'époux moralement abandonné n'a pas vu sa situation améliorée et dispose de l'unique moyen initial : demander le divorce ou la séparation de corps. Sanction singulière qui aboutit précisément à dégager de son obligation celui qui refuse de l'accomplir !

Signalons enfin, pour être complets, que la femme est tenue d'habiter avec son mari et que celui-ci doit la recevoir. Les manquements à cette obligation ne peuvent donner lieu à une répression pénale.

Ainsi, tant à l'occasion de sa formation que par suite des devoirs auxquels il donne naissance, le mariage se présente comme une source d'infractions. Ses rapports avec le droit pénal ne se limitent pas à ces faits.

(1) LOCRÉ : *Espirit du Code Napoléon*, t. 3, p. 488.

*
* *

Nous avons noté que l'état de mariage entraînait des répercussions considérables sur la condition juridique de l'individu. Il nous faut préciser maintenant l'influence de la qualité d'époux en matière pénale, puis examiner quelles en sont les conséquences sur la répression.

En règle générale on peut écrire qu'il est sans intérêt de savoir si un inculpé est marié ou célibataire. Toutefois, il existe d'assez nombreuses exceptions. Tantôt l'état de mariage constitue un obstacle absolu aux poursuites, tantôt il ne crée qu'un simple empêchement partiel et s'oppose, par exemple, à ce qu'une circonstance aggravante soit relevée, tantôt, enfin, il aggrave le sort du prévenu.

Ces diverses dérogations au principe posé ont une assez minime importance pratique ; et, si l'on excepte celle prévue par l'article 380 du Code pénal, aux termes duquel les soustractions commises au préjudice de certains parents ne peuvent donner lieu qu'à des réparations civiles, elles ont très rarement l'occasion d'être appliquées.

Il est un autre aspect du problème posé par les conséquences de l'état de mariage en matière répressive. C'est celui de la responsabilité civile qui résulte d'un délit ou d'un crime. Souvent un individu a été lésé par une infraction ; la victime a droit à réparation du préjudice souffert. Outre l'auteur de cette infraction, diverses personnes peuvent se voir réclamer des dommages-intérêts de ce chef ; ce sont les « civilement responsables ». Dans quelle mesure un époux peut-il être compris parmi elles en rai-

son de la faute commise par son conjoint ? Telle est une des questions auxquelles il est nécessaire de répondre pour étudier les rapports du droit pénal avec le mariage.

*
* *

Il reste à savoir comment et dans quelles mesures la preuve du mariage doit être rapportée devant les diverses juridictions saisies d'un crime ou d'un délit. La validité de l'union conjugale est susceptible d'être contestée dans des conditions très diverses. Parfois l'état de mariage constitue un des éléments du délit et l'individu, inculpé d'adultère ou de bigamie, excipe d'une nullité de son mariage pour échapper aux poursuites. Parfois, au contraire, il ne forme qu'un élément de punissabilité et le prévenu, accusé de vol, notamment, prétend être l'époux de la victime pour mettre obstacle à la répression. Enfin l'existence d'un mariage peut être discutée à l'occasion du procès, accessoirement au débat principal, à propos de la récusation d'un témoin. Dans ces différentes hypothèses la juridiction pénale n'aura pas toujours qualité pour statuer sur la validité de l'union ; lorsqu'elle sera incompétente elle devra renvoyer cette question préjudicielle devant le Tribunal civil.

Quand, à l'inverse, le Tribunal répressif aura jugé qu'il existait un état de mariage, l'autorité de la décision rendue sur ce point ne sera pas la même dans tous les cas. Là, encore, un examen approfondi est nécessaire pour préciser dans quelle mesure le principe de l'autorité de la chose jugée trouve son application.

*
* *

Les divers problèmes posés par le mariage dans ses rapports avec le Droit pénal sont susceptibles d'être classés sous les rubriques suivantes :

- I. — Sanctions pénales des règles relatives à la formation du mariage.
- II. — Sanctions pénales des devoirs issus du mariage.
- III. — Répercussions de l'état de mariage sur la responsabilité pénale.
- IV. — Preuve du mariage dans ses rapports avec le Droit pénal.

qui formeront les grandes divisions de notre travail.

*
* *

L'étude que nous entreprenons va nous conduire à examiner une série de questions très vastes. Il ne nous sera pas possible de pousser dans le détail chacune d'elles. Nous nous en excusons.

Nous nous efforcerons de rechercher dans quelle mesure les dispositions du Droit civil relatives au mariage sont sanctionnées sur le terrain répressif et dans quelles conditions l'état de mariage exerce une influence sur l'application du Droit pénal.

PREMIÈRE PARTIE

Les sanctions pénales des règles relatives à la formation du mariage

Avant d'aborder l'étude des infractions qui peuvent prendre naissance lors de la formation du mariage et leurs sanctions dans le Droit moderne, nous examinerons ce qu'elles furent sous l'Ancien Régime et dans le Droit intermédiaire.

HISTORIQUE

Ancien Régime

Pendant la période médiévale et jusqu'à la Révolution, le mariage fut considéré surtout comme un sacrement. L'Église fixa les règles le concernant. Le Concile de Trente frappa même d'anathème ceux qui contesteraient à l'autorité ecclésiastique le pouvoir d'établir des empêchements dirimants.

Mais le mariage n'intéresse pas seulement une religion ; il emporte des conséquences civiles sur les relations entre les individus, et, bien que l'Église se reconnût le droit de légiférer sur le sacrement et sur le contrat, divers arrêts de Parlements et Ordonnances royales s'ajoutèrent au Droit canonique. Il convient de remarquer que ces deux sources n'eurent pas de domaines propres nettement délimités et que l'autorité civile se borna souvent à reprendre ce que

l'Église avait décidé en ses conciles pour le consacrer et le rendre applicable (1, 2).

Au cours du XVIII^e siècle la distinction du mariage sacrament et du mariage contrat civil se développa et se précisa sous l'influence des jurisconsultes (3) ; elle reçut même une consécration officielle indirecte, en septembre 1787, date à laquelle un édit de Louis XVI permit à ceux qui ne professaient pas la religion catholique de se marier devant un officier de la justice civile.

*
* *

S'il paraît qu'en droit coutumier, à l'origine, les règles de fond et de forme auxquelles les parties durent se soumettre pour contracter mariage furent peu nombreuses, et que la violation de beaucoup d'entre elles resta dépourvue de sanction, il n'en fut pas toujours ainsi.

Sous l'Ancien Régime, les conditions de fond se multiplièrent vite. Sans prétendre en faire une énumération limitative, notons qu'il fallait ne pas être engagé dans les liens d'un précédent mariage non dissous, avoir l'âge requis et l'autorisation de ses parents. Qu'il était, en outre, nécessaire de ne pas se trouver dans un des cas où le mariage était prohibé, et la liste de ceux-ci était longue :

(1) Cf. sur ce point l'Ordonnance de Blois qui reprit de nombreuses dispositions adoptées par le Concile de Trente. « C'est pourquoi le Concile de Trente a réprouvé comme clandestins les mariages faits contre la volonté des pères et mères, confirmé en ce regard par l'Ordonnance de Blois, comme je l'ai plus amplement remarqué sur le chapitre précédent. » (J. GODEFROY : *Commentaire sur la Coutume Réformée du pays et duché de Normandie*.)

Le Concile de Trente ne fut pas reçu en France, mais cependant, sauf sur quelques points, il fut appliqué. « Pour partie c'était le résultat des ordonnances royales ; pour partie c'était l'effet de la coutume. » (BASDEVANT : *Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage*, p. 105.)

(2) « Si l'ordonnance ne s'est pas expliquée plus clairement, on doit attribuer cette obscurité au respect que nos rois ont toujours eu pour l'Église, à la crainte qu'ils ont eue de paraître entreprendre sur ses droits. » (D'AGUES-SEAU : *Plaidoyer* du 19 juillet 1691. *Œuvres*, t. II, p. 163.)

(3) Cf. notamment POTHIER : *Traité du Contrat de mariage*, t. I, 1^{re} partie, chap. III, p. 14 à 32.

Étaient interdits les mariages entre personnes liées par une parenté matérielle ou spirituelle, ou même entre lesquelles existait une « affinité » (1). Il en était de même pour le mariage de certains alliés qu'interdisait « l'honnêteté publique ».

Un crime mettait parfois obstacle au mariage : la personne, auteur d'un attentat contre la vie de son conjoint commis avec l'aide d'un tiers, ne pouvait s'unir à ce dernier, en cas de rapt le mariage du ravisseur et de la victime n'était pas possible tant que celle-ci n'avait pas retrouvé sa liberté, l'adultère accompagné de promesses ou d'attentat empêchait le mariage de ceux qui l'avaient consommé.

Enfin, l'existence de vœux, l'impuissance, l'inégalité de condition pour les grands seigneurs formaient autant d'empêchements au mariage.

Les règles de forme à respecter furent moins nombreuses. Notons-en deux : celle fixée par l'Ordonnance de Blois (1579) qui, pour remédier à la clandestinité des unions, exigea la publication de bans, la présence de quatre témoins, la mention du mariage sur un registre prévu à cet effet ; et celle, écrite dans la « Déclaration portant réglementation sur l'ordre qui doit être observé en la célébration des mariages, du 26 novembre 1639 » qui fit défense expresse aux prêtres de célébrer des mariages entre personnes autres que leurs « vrais et ordinaires paroissiens ».

Indiquons, en outre, qu'il était interdit aux Français de se marier à l'étranger.

*
* *

Quelles étaient les sanctions de ces diverses obligations et prohibitions?

(1) L'affinité consiste en « une espèce de liaison qui approche de la parenté et qui en a tous les effets » (*Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts de Brillon*, V^o Affinité, t. III.)

La majorité d'entre elles étaient d'ordre civil :

Nullité du mariage, exhérédation dans certains cas. Révocation des donations et avantages consentis par contrat de mariage pour les enfants qui contractaient « mariages clandestins contre le gré, vouloir et consentement de leurs pères et mères » (1). Perte des avantages pécuniaires résultant du premier mariage pour la veuve qui se remariait dans l'année du décès de son précédent mari, ou qui s'unissait à une personne « indigne de sa qualité » (2).

D'autres sanctions étaient d'ordre religieux. (3).

Certaines, enfin, présentaient un caractère pénal (4).

Sous l'Ancien Régime, la détermination de la peine était, en principe, laissée à la libre appréciation des juges. Par suite, il est difficile d'en effectuer une classification. Notons, parmi les principales peines applicables en la matière celle « des galères à perpétuité à l'égard des hommes » et du « bannissement perpétuel pour les femmes » (5) contre les parents coupables d'avoir donné leur consentement à un mariage contracté par leurs enfants en pays étranger. Le bannissement pendant un temps variable de trois à neuf années contre les prêtres qui célébraient sans dispense le mariage de personnes autres que les habitants de leur paroisse. Les pénalités du rapt contre ceux qui passaient outre au défaut de consentement des parents.

(1) Henry II. Édit sur les mariages clandestins, Paris 1556, art. III et IV.

(2) Cf. MERLIN : *Répertoire Universel*, t. III, V^o Deuil, p. 648 et suiv. et l'article 182 de l'Ordonnance de Blois : « Et d'autant que plusieurs femmes veuves... se remarient follement à personnes indignes de leur qualité, et qui pis est, les aucunes à leurs valets, nous avons déclaré et déclarons tous dons et avantages qui, par les dites veuves, ayant enfans de leur premier mariage, seront faits à telles personnes, sous couleur de donation, vendition, association à leur communauté, ou autres quelconques, nuls, et de nul effet et valeur ; et icelles femmes, lors de la convention de tels mariages, avons mis et mettons en l'interdiction de leurs biens... »

(3) Ordonnance de Blois « ... le tout sur les peines portées par les conciles », art. XL.

(4) Les unions clandestines étaient punies des peines du rapt.

(5) Déclaration du 16 juillet 1685.

Le crime de bigamie était réprimé de façon particulièrement sévère. Merlin rapporte (1) plusieurs condamnations à mort prononcées contre des bigames : « Le nommé Chambon, bigame, fut condamné à la potence par arrêt du Parlement de Paris du 17 avril 1565. Un autre arrêt du Parlement de Bretagne du 23 août 1567, condamna un Procureur de présidial de Rennes à être pendu pour avoir épousé deux femmes... Jacques Belouseau, baron de Saint-Angel, qui avait épousé plusieurs femmes vivantes fut condamné par arrêt du 12 février 1626 à être pendu à Paris (2). » Mais les condamnations à la peine capitale devinrent exceptionnelles. A partir du début du xvii^e siècle, l'usage s'établit d'exposer les hommes coupables de bigamie au carcan ou au pilori avec autant de quenouilles qu'ils avaient de femmes vivantes ; ou, si le crime avait été commis par une femme, de l'exposer avec autant de chapeaux qu'elle avait de maris vivants. A ces peines s'ajoutait la condamnation aux galères ou au bannissement à temps pour les hommes, et, pour les femmes, au bannissement à temps ou à la séquestration temporaire dans une maison de force (3).

Enfin, le fait de contracter mariage avec des personnes ayant fait des vœux « tant que les rescrits qui déclaraient nuls les dits vœux aient été entérinés » était puni de la « peine de mort contre l'un et l'autre des contrevenants » depuis un arrêt en forme de règlement du Parlement de Paris du 9 juillet 1668.

(1) MERLIN : *Répertoire Universel*, t. I, V^o Bigamie.

(2) Arrêts également cités par Achille MORIN dans son *Répertoire général et raisonné de Droit criminel*, t. I, V^o Bigamie. Mais il est vraisemblable que cet auteur s'est borné à reproduire Merlin.

(3) JOUSSE : *Justice Criminelle*, t. III, p. 52 ; DENISART : *op. cit.*, V^o Bigamie, nos 3-4-5 ; GUY DU ROUSSEAU DE LA COMBE : *Traité des Matières criminelles*, p. 31 ; MUYART DE VOUGLANS : *Les lois criminelles*, p. 225.

Droit intermédiaire

Pendant la Révolution les idées sur le mariage évoluèrent vite. La Constitution des 3 et 14 septembre 1791 déclara (titre 2, art. 7) que la loi ne considérerait le mariage que comme un contrat civil. Les conditions de forme et de fond furent modifiées en conséquence ; et, le 20 septembre 1792, la loi qui déterminait « le mode de constater l'état civil des citoyens » fixa les règles nouvelles.

Dans le Droit intermédiaire les sanctions pénales des infractions commises lors de la formation du mariage ne furent l'objet d'aucune disposition légale particulière, exception faite toutefois pour les peines réprimant le crime de bigamie (1).

Cette législation fut appliquée pendant quelques années, après quoi, elle trouva sa forme définitive dans le Code civil et le Code pénal.

Droit moderne

Les auteurs du Code civil ne se bornèrent pas, dans leur œuvre, à fixer les obligations civiles à ne pas enfreindre pour contracter un mariage valable, et les sanctions pénales destinées à réprimer certaines des infractions qui prennent naissance lors de la formation du mariage.

Nous avons vu que, pendant la période du Droit intermédiaire, il n'existait aucune disposition analogue. Aussi faut-il rechercher les raisons qui ont pu motiver un retour à la méthode législative en usage sous l'Ancien Régime.

Dans le Code civil nous trouvons deux chapitres, celui du mariage et celui des actes de l'état civil, où des pénalités d'amende ou d'emprisonnement ont été prévues. En ces deux matières le législateur de 1804, suivant le chemin

(1) Cf. lois du 6 octobre 1791 et du 20 septembre 1792.

tracé lors de la Révolution, a rompu avec une tradition vieille de plusieurs siècles.

Il est probable que, pendant les années qui suivirent 1792, époque troublée durant laquelle une partie du peuple se montra enthousiasmée par l'état de choses nouveau et épouvantée par lui, les infractions durent être rares. Au surplus, les officiers de l'état civil, choisis avec soin et surveillés étroitement, devaient rendre la fraude, sinon impossible, du moins très difficile.

Les travaux préparatoires du Code Napoléon permettent de penser que, par la suite, une réaction se produisit.

L'ordre public justifiait pleinement l'existence de sanctions pour appuyer les règles nouvelles dont dépendait l'état civil des personnes. C'est pourquoi, bien qu'il eut paru souhaitable à certains (1) de renvoyer sur ce point au Code pénal qui devait être élaboré plus tard, afin d'avoir des pénalités « coordonnées entre elles », il fut décidé qu'il y avait urgence à réprimer les plus importantes de ces « contraventions... jusque là impunies ».

Le Code pénal vint compléter cette réglementation et l'ensemble forma un système dans lequel la sanction pénale était généralement proportionnée à l'importance de la règle violée.

* * *

Dans l'état actuel du droit, certaines conditions de fond et de forme, qui doivent être respectées lorsque les futurs époux contractent mariage, sont sanctionnées par des peines d'amende ou d'emprisonnement.

Parmi les conditions de fond, notons : la nécessité de n'être pas lié par un mariage antérieur non dissous, et, pour la veuve, de ne pas se trouver encore dans le délai de trois cents jours fixé par l'article 228 du Code civil, l'exigence du domicile pour les étrangers, l'obligation d'obtenir le

(1) *LOCRÉ : Esprit du Code Napoléon*, t. II, p. 96 et suiv.

consentement des parents pour les mineurs et l'interdiction de célébrer le mariage malgré une opposition.

Parmi les conditions de forme, les règles concernant la publication, la publicité et l'application du principe de laïcité.

L'énumération que nous venons de donner suggère la remarque suivante : toutes les règles civiles concernant la formation du mariage ne font pas l'objet d'une disposition répressive correspondante. C'est ainsi que le fait de violer la prohibition des mariages en ligne directe et collatérale, s'il est susceptible d'entraîner la nullité du mariage, ne peut motiver des poursuites pénales.

Quelles en sont les raisons ?

Admettons-nous que « l'horreur (1) » inspirée par de tels mariages ait paru suffisante au législateur pour qu'il la crut capable de les empêcher et qu'il estima superflu de prévoir des peines pour les sanctionner ?

Il est exact que l'on ressentait alors une véritable répulsion pour de telles unions (2). Mais il ne paraît pas possible d'admettre que les auteurs du Code civil aient pensé un seul instant que le scandale causé pouvait être en lui-même un moyen de répression. Le fait qu'ils aient prévu la nullité de ces mariages atteste bien qu'ils en ont envisagé l'existence.

L'explication semble être d'ordre historique.

Depuis l'antiquité, et dans tous les pays, la prohibition du mariage entre les parents proches a été considérée comme la consécration par le législateur d'un principe de morale élémentaire, profondément gravé dans l'esprit des gens. La religion chrétienne le fit sien, la Révolution le laissa intact. Au début du XIX^e siècle, les règles préexistantes furent peu modifiées, et, comme celles-ci n'étaient alors appuyées

(1) PORTALIS : Exposé de motifs, art. 162 du Code civil.

(2) POTHIER : *Traité du Contrat de Mariage*, t. I, 3^e partie, chap. III, art. 1-2 ; MONTESQUIEU : *L'esprit des Lois*, livre XXVI, t. XIV.

d'aucune disposition pénale, la nécessité d'une addition ne se fit pas sentir et rien ne fut changé.

L'absence de sanction au mariage contracté par des enfants qui n'ont pas l'âge requis s'explique de la même façon.

SANCTION PÉNALE DES RÈGLES DE FOND RELATIVES A LA FORMATION DU MARIAGE

BIGAMIE

Le Droit civil français n'admet ni la polygamie ni la polyandrie.

Pour contracter mariage la première condition à remplir est donc de n'être pas engagé dans les liens d'une précédente union non dissoute. Posée par l'article 147 du Code civil, cette règle n'admet pas d'exception. Aucune dispense ne peut être accordée. Lorsqu'elle est enfreinte, le mariage se trouve atteint d'une nullité absolue ; et, si l'on excepte l'hypothèse prévue par l'article 139 du Code civil, sa validité est susceptible d'être contestée par les époux, le ministère public et même tous les intéressés.

Le fait de contracter un second mariage, alors que le premier n'est pas dissous, ne constitue pas une simple violation d'une obligation civile ; c'est encore une infraction pénale.

Le Code pénal du 6 octobre 1791 prévoyait déjà (2^e partie titre I, section 1, n^o 33) que « toute personne engagée dans les liens du mariage qui en contracterait un second avant la dissolution du premier serait punie de douze années de fer... » Pour apprécier la sévérité de la répression, indiquons que cette peine était celle prévue en cas de viol d'une mineur, de 14 ans, et qu'elle dépassait celle qu'il était possible

d'infliger à un individu coupable de mutilation volontaire des deux bras ou des deux jambes.

Le Code pénal de 1810 édicta une peine aussi grave contre le bigame et l'officier de l'état civil complice : celle des travaux forcés à temps. Si l'on tient compte du fait que, jusqu'en 1832, le bénéfice des circonstances atténuantes ne put être accordé devant la Cour d'Assises on aperçoit avec quelle rigueur était sanctionnée la bigamie.

De telles peines correspondent à l'importance de la règle civile posée par l'article 149 du Code civil ; elles apparaissent comme la suite logique de celles appliquées sous l'Ancien Régime.

Au cours du XIX^e siècle, la morale se relâcha. L'examen de la statistique criminelle montre que le nombre des délits et des crimes contre les mœurs suivit alors une marche ascensionnelle très accentuée. « Le nombre moyen annuel de ces derniers tripla de 1826-1830 à 1876-1880 ; celui des premiers devint sept fois plus fort en 1876-1880 qu'en 1826-1830 (1). » Le principe de l'indissolubilité du mariage fut battu en brèche par la loi autorisant le divorce, et la conscience publique comprit de moins en moins la gravité de la bigamie au point de vue social. Les sanctions se minimisèrent.

Quelques chiffres préciseront cette évolution :

années	prévenus	acquittements	travaux forcés	réclusion	peines correctionnelles
1826	14	4	10		
1827	7	1	6		
1837	5	2	2		1
1847	2	1	1		
1857	10		4	2	4 détention
1867	ne figure pas à la statistique				
1877	3	1	1	1	
1887	4				4
1897	8	3			5

(1) Extrait du rapport précédant la statistique de 1880.

Au ^{xx}^e siècle, si l'on fait abstraction de très rares exceptions, la peine effective du bigame fut l'emprisonnement de un à cinq ans. Le nombre des acquittements suivit de son côté une progressions ascendante :

1919 : 31 prévenus, 17 acquittements ;
1927 : 22 prévenus, 14 acquittements ;
1928 : 18 prévenus, 13 acquittements ;
1929 : 14 prévenus, 11 acquittements ;
1930 : 13 prévenus, 10 acquittements ;
1931 : 18 prévenus, 12 acquittements ;
1932 : 21 prévenus, 15 acquittements.

Pour remédier à cet état de choses il parut nécessaire de correctionnaliser cette infraction. C'est ce que fit la loi du 17 février 1933.

Quels résultats donne cette réforme ? Il est difficile de le dire dès à présent. Seules les statistiques de 1933 et 1934 ont été publiées à ce jour. Nous y relevons : pour la première année : 23 prévenus, dont 2 acquittés, 2 condamnés à plus d'un an d'emprisonnement et 17 à des peines inférieures, voire même d'amende. Pour la deuxième année : 15 prévenus, dont 1 acquitté, 1 condamné à plus d'un an d'emprisonnement et les 13 autres à des peines inférieures. Le nombre des sursis accordés est de 8 en 1933 et de 10 en 1934.

Peut-on penser avec de tels chiffres que le but escompté par le législateur : avoir une répression plus sûre, a été atteint ? Il est permis d'en douter (1).

Outre la diminution des pénalités applicables, la correctionnalisation a eu d'autres conséquences. Depuis 1933 la tentative n'est plus punissable, la possibilité d'accorder le sursis n'est plus liée à l'octroi des circonstances atté-

(1) Les condamnations avec sursis sont presque toujours des acquittements déguisés. La proportion des révocations de sursis est en effet des plus minimes par rapport au nombre des condamnations, et, en matière de bigamie, le pourcentage des récidivistes est infime. (Cf. P. MIMIN : *Le concours du Jury à la détermination de la peine*, p. 38 et suiv.)

nuantes, la durée de la prescription se trouve réduite à trois années (1).

Malgré ces résultats, l'œuvre du législateur de 1933 nous paraît heureuse. Puisque la morale publique ne considère plus la bigamie comme renfermant « tout à la fois l'adultère et le faux (2) », il est inutile pour la réprimer de mettre en œuvre l'organisme délicat et onéreux de la Cour d'Assises (3).

DÉLAI DE VIDUITÉ

L'obligation civile

Nous avons vu que l'existence d'un mariage interdit à ceux qu'il lie de contracter une nouvelle union tant que la première n'est pas dissoute. C'est là une règle qui s'impose tant à l'homme qu'à la femme. Mais, pour celle-ci les effets d'un mariage survivent à sa dissolution pendant une durée fixée par le Code civil de 1804 à dix mois, et, par la loi du 9 août 1919, à trois cents jours.

Il semble que l'idée de respect à la mémoire de l'époux défunt, fondement partiel de cette interdiction sous l'Ancien Régime (4), est devenue étrangère à la législation actuelle ;

(1) Cette dernière conséquence pourra donner lieu à une situation pour le moins curieuse : Trois ans après le second mariage le délit de bigamie se trouvera prescrit, mais le bigame pourra être condamné comme époux adultère.

(2) Extrait de l'exposé des motifs présenté par M. Faure au Corps législatif (séance du 7 février 1810).

(3) Sans doute le législateur, en correctionnalisant cette infraction, aurait-il pu limiter les pouvoirs du juge et décider, par exemple, que les dispositions de l'article 463 du Code pénal ne seraient pas applicables. Cette mesure aurait-elle été suffisante ? Il est permis d'en douter. Pour être efficace, il eût fallu interdire aussi l'octroi du sursis au délinquant. L'expérience prouve que, souvent, de telles mesures n'atteignent pas le but fixé. Pour ne pas viser de lois plus récentes nous ne citerons que certaines dispositions analogues, prises dans le décret du 2 mai 1938 (art. 13) qu'un décret postérieur a supprimées, démontrant une fois encore l'exactitude de l'adage « *quid leges sine moribus...* ».

(4) Cf. DEMOLOMBE : t. III, n° 122, p. 168.

que la raison d'être de ce délai est d'empêcher les confusions de part qui ne manqueraient pas de se produire entre le premier et le second mari, si la femme convoitait aussitôt après le décès ou le divorce.

Le risque disparaît lorsque la femme accouche après la dissolution du mariage, aussi la loi du 9 décembre 1922 a-t-elle prévu que la survenance de cet événement dispense de tous délais de viduité postérieurs.

Dans le même esprit, une loi du 4 février 1928 a donné au Président du Tribunal civil la possibilité d'autoriser le nouveau mariage, lorsqu'il résulte « avec évidence des circonstances que, depuis trois cents jours, le précédent mari n'a pas cohabité avec sa femme ».

La majeure partie de la doctrine estime que cette prohibition constitue un empêchement prohibitif au mariage et que sa violation n'est pas de nature à entraîner la nullité de l'union (1). Une telle appréciation fait une exacte application du principe « pas de nullité sans texte » et respecte la pensée du législateur. La jurisprudence est fixée dans le même sens.

La sanction pénale

Célébrer le mariage d'une femme en violation de l'article 228 du Code civil constitue un acte dont les conséquences sont graves, puisqu'il peut compromettre l'état civil d'un enfant (2). Pour réprimer les infractions à la loi les auteurs du Code pénal ont prévu une sanction constituée par une peine d'amende de 16 à 300 francs contre l'officier de l'état civil qui s'en rend coupable.

(1) MERLIN : *op. cit.* V° Noces secondes, 2, n° 1 ; TOULLIER : *op. cit.*, t. I, n° 595, p. 528.

(2) Extrait de l'exposé des motifs de de Noailles, relatif aux articles 166 à 918 du Code pénal, J. G. D., V° Forfaiture, p. 6.

Éléments du délit. — Pour être poursuivi, l'officier de l'état civil doit avoir commis une faute. Il lui appartient de vérifier que les fiancés remplissent bien les conditions requises pour se marier. Sa faute résultera souvent d'une négligence : la production de l'acte de naissance de la femme ou de l'acte de décès du mari n'aura pas été requise, par exemple.

C'est à l'officier de l'état civil de rapporter la preuve qu'il a été trompé, et que lui-même était de bonne foi. C'est à lui d'établir qu'il ne peut lui être reproché aucune imprudence.

Complicité. — Les auteurs écrivent parfois que seul l'officier de l'état civil est punissable et que la peine ne saurait être prononcée contre la femme (1). Cette formule n'est pas entièrement exacte. S'il est vrai que, à défaut de disposition spéciale de la loi, la femme ne peut être considérée comme étant coauteur ou complice de ce délit, il n'en est pas moins vrai que les règles générales fixées à l'article 60 du Code pénal sont applicables en la matière, et, il nous paraît indiscutable qu'un maire, coupable d'avoir donné des instructions à son adjoint pour recevoir l'acte de mariage d'une femme avant l'expiration du délai de viduité doit être condamné comme complice de l'officier de l'état civil.

Il est d'ailleurs regrettable que l'infraction, commise par simple négligence soit punie d'une peine aussi grave que celle placée sous le signe de la plus évidente mauvaise foi ; que la femme dont le mariage est célébré avant l'expiration du délai de viduité puisse violer impunément la loi sans risquer de sanction civile ou pénale.

(1) GARÇON : Code pénal, art. 192 à 195, n° 27 ; GARRAUD, t. III, n° 335 ;
* t. IV, n° 1.239.

OBLIGATION DE RÉSIDENCE POUR LES ÉTRANGERS QUI VEULENT CONTRACTER MARIAGE

Parmi les conditions que doivent remplir personnellement les futurs époux pour contracter mariage, une a été imposée aux étrangers par le décret-loi du 12 novembre 1938.

L'obligation civile

Ce texte apporte une modification importante à la législation antérieure. Seuls les étrangers ayant obtenu un permis de séjour pour une durée supérieure à une année sont désormais admis à contracter mariage en France.

Il importe de remarquer que le décret de 1938 n'a pas créé une obligation de résidence exceptionnelle, mais constitue une mesure de police administrative. Nous en trouvons la preuve dans le fait qu'une autorisation de séjour valable un an, renouvelée pour une durée égale ne permet pas la célébration du mariage, alors que rien ne s'oppose à ce qu'un étranger, admis en France pour trois années, contracte mariage le lendemain du jour où sa carte d'identité lui est délivrée, s'il satisfait d'autre part aux dispositions du titre V du livre I du Code civil.

Dans l'hypothèse où l'exigence de l'admission à résider pour plus d'une année a été violée, le mariage n'est pas entaché de nullité.

La sanction pénale

De graves sanctions pénales sont prévues pour réprimer les manquements à l'obligation nouvelle. Elles frappent à la fois l'officier de l'état civil et l'étranger.

L'article 7 du décret-loi du 12 novembre 1938 dispose en effet : que l'officier de l'état civil est passible de l'amende

prévue à l'article 192 du Code civil, que l'étranger encourt une amende de 16 à 300 francs et un emprisonnement de trois mois au moins et de six mois au plus.

Éléments du délit. — Pour que le délit soit établi il faut que le mariage ait été célébré, que l'une des parties au moins soit de nationalité étrangère et qu'elle ne soit pas munie d'une autorisation de séjour valable pour une durée supérieure à une année.

Tels sont les éléments communs à l'infraction commise par l'officier de l'état civil et par le contractant.

Pour que l'officier de l'état civil soit punissable, il faut encore qu'une faute lui soit imputable. Il est nécessaire d'établir que le maire a marié sciemment un étranger, ou du moins qu'il a rempli sa fonction avec légèreté.

Il incombe au maire de s'assurer, avant le mariage, que les futurs conjoints remplissent les conditions exigées par la loi. Il doit s'enquérir de la nationalité des parties, et, s'il ne le fait pas, cette omission constitue une faute.

Certes, objectera-t-on ce n'est point là besogne facile. Les pièces dont la loi exige la production pour contracter mariage n'établissent pas nécessairement la nationalité étrangère des fiancés, et les questions de nationalité sont souvent difficiles à résoudre. Aussi pensons-nous que, lorsque l'examen des actes de naissance paraît révéler la nationalité étrangère de l'un des futurs époux, il convient d'inviter l'intéressé à justifier de sa nationalité, et, en cas d'impossibilité, il est prudent pour l'officier de l'état civil de solliciter l'avis du Procureur de la République avant de célébrer le mariage.

Il est même sage de recourir à cette pratique chaque fois qu'une difficulté se produit. Faute de prendre cette précaution, l'erreur et la négligence de l'officier de l'état civil risquent de lui faire encourir des poursuites dont il aura peine à se disculper.

Tribunal compétent et nature de la peine. — L'amende applicable à l'officier de l'état civil est celle revue par l'article 192 du Code civil.

Quel est le tribunal compétent pour connaître cette infraction ? Quelle est la nature de la peine ?

Tel est le double problème que nous allons résoudre.

L'intérêt qu'il présente est important. Signalons les points sur lesquels influera la solution que nous lui donnerons : Les règles de procédure (représentation des parties, délais d'assignation, mode d'appel, etc...) à suivre devant les Tribunaux civils et devant les Tribunaux correctionnels diffèrent. Les tarifs des frais ne sont pas les mêmes devant ces deux juridictions. Alors que la prescription d'une action civile est de trente ans, la prescription d'une action pénale, née d'un délit, est de trois ans. Le principe du non cumul des peines, l'octroi du sursis, la réduction de la peine en raison de circonstances atténuantes ne peuvent intervenir qu'à l'occasion d'infractions pénales. Seules les amendes pénales sont rémissibles par voie de grâce ; seules aussi elles subissent l'augmentation de décimes additionnels et motivent, en cas de difficultés dans leur recouvrement, l'exercice de la contrainte par corps.

Il existait, antérieurement au décret du 12 novembre 1938, diverses infractions sanctionnées par le Code civil seul. La doctrine avait admis leur caractère pénal (1). La jurisprudence se montrait plus hésitante et il fallut attendre le 30 mai 1900 (2) pour voir la Cour de Cassation consacrer

(1) GARRAUD : *IV, 1237.

(2) Arrêt Pistre, B. 1900, n° 200, p. 320 ; D. P., 1901-1-205. Un arrêt du 6 avril 1808 de la Cour d'Appel de Turin avait admis la compétence du Tribunal civil (J. G. D., V° Mariage, n° 196, note 1). Il s'agissait de la célébration d'un mariage sans le consentement des parents. Un arrêt du 1^{er} octobre 1844, de la Cour d'Appel de Bastia paraît confirmer la compétence des tribunaux civils pour les infractions sanctionnées par le Code civil ; mais il résulte des motifs mêmes de cet arrêt que les conseillers qui l'ont rendu ont considéré cette infraction comme ayant un caractère pénal et ils ont fait application des circonstances atténuantes au prévenu. Cf. dans le sens que nous indiquons : LE POITTEVIN : *Dictionnaire des Parquets*, V° Mariage,

implicitement le principe de la compétence des Tribunaux correctionnels. Aujourd'hui cette question n'est plus contestée pour les infractions réprimées par les articles 156 et 192 du Code civil et la compétence du Tribunal correctionnel pour connaître du nouveau délit nous paraît certaine.

NÉCESSITÉ DU CONSENTEMENT DES PARENTS

L'obligation civile

Sous l'Ancien Régime le mariage fut considéré, non seulement comme l'union des deux conjoints, mais aussi comme l'union des deux familles.

C'est la raison principale qui justifie l'exigence d'une autorisation des ascendants pour contracter mariage. Sans doute argue-t-on de l'inexpérience des enfants lorsqu'ils se marient jeunes, mais peut-on dire que les personnes d'âge mûr sont toujours plus prudentes que les jouvenceaux ? Et, si telle est la raison d'être de cette obligation, pourquoi avoir fixé un âge différent pour se marier librement, suivant le sexe de celui qui veut convoler ? Les filles seraient-elles plus sages que les garçons ?

Pourquoi encore, si cette règle est destinée à sauvegarder l'intérêt des enfants, n'avoir pas prévu la possibilité pour ceux-ci d'obtenir une dispense, lorsque les parents s'opposent sans raisons sérieuses au mariage de leur fils ou de leur fille ? La vérité semble être que l'exigence du consentement a été imposée dans l'intérêt de la famille. Les parents décident sans appel (1), même s'ils vont à l'encontre des intérêts de leurs descendants.

n° 96 ; et, en sens contraire : DERANSART et SAVAGNIER : *La pratique des Parquets*, V° Mariage ; DERANSART : *Répertoire alphabétique des crimes, délits, contraventions*, V° Mariage.

(1) PLANIOL et RIPERT : *op. cit.*, t. II, n° 120.

Cette explication permet de comprendre que les conditions dans lesquelles le consentement doit être rapporté aient été l'objet de modifications fréquentes, les obligations légales étant d'autant plus strictes que le principe de l'autorité paternelle était mieux respecté.

L'obligation dans la législation du Code civil de 1804. — Dans le système du Code civil, jusqu'à l'âge de 25 ans pour les garçons et de 21 ans pour les filles, il était nécessaire d'obtenir le consentement des père et mère ; en cas de dissentiment le consentement du père seul suffisait. Passé l'âge de 21 ans ou de 25 ans, si les parents refusaient leur approbation les enfants devaient encore demander « conseil » à leurs parents en leur notifiant des actes respectueux.

L'obligation dans la législation actuelle. — Ces règles furent modifiées à diverses reprises. La loi du 2 février 1933 édicte que les mineurs sont tenus d'obtenir le consentement de leur père et mère ; en cas de désaccord entre les parents le consentement de l'un suffit, mais il faut notifier à l'autre l'union projetée.

La sanction civile du défaut de consentement est la nullité du mariage.

Seules les personnes dont le consentement était requis et l'époux qui avait besoin de ce consentement peuvent attaquer le mariage contracté en violation de l'article 154 du Code civil. Encore faut-il qu'ils agissent dans les délais impartis par la loi. Enfin, lorsque les parents ont donné une approbation expresse ou tacite au mariage l'action en nullité ne peut plus être intentée.

La sanction pénale

Sous l'Ancien Régime la répression de la célébration d'un mariage sans le consentement des parents était particulièrement sévère. Notre ancienne jurisprudence présumait

en effet le rapt de séduction « dans tous les mariages contractés » dans ces conditions (1).

Dualité des textes. — Dès la promulgation du Code civil des pénalités furent prévues pour sanctionner la célébration de mariages sans que le consentement des parents ait été donné. L'article 156 de ce code disposa que « les officiers de l'état civil qui auraient procédé à la célébration des mariages contractés par des fils n'ayant pas atteint l'âge de 25 ans accomplis, ou par des filles n'ayant pas atteint l'âge de 21 ans accomplis, sans que le consentement des père et mère... soient énoncés dans l'acte de mariage, seront... condamnés à l'amende portée par l'article 192, et, en outre, à un emprisonnement dont la durée ne pourra être moindre de six mois ».

En 1810, le Code pénal édicta (art. 193) que « lorsque pour la validité d'un mariage, la loi prescrit le consentement des père, mère ou autres personnes, et que l'officier de l'état civil ne se sera pas assuré de l'existence de ce consentement, il sera puni d'une amende de 16 à 300 francs et d'un emprisonnement de six mois au moins et d'un an au plus ».

Cette dualité de législation fit naître de sérieuses difficultés pour son application et divers avis furent émis par les auteurs pour interpréter ces textes qui, à première vue, paraissent réprimer le même fait.

Une partie de la doctrine estime que l'article 193 du Code pénal punit la célébration du mariage sans que le consentement des parents ait été donné et l'article 156 du Code civil l'absence d'indication, dans l'acte, du consentement effectivement reçu (2).

(1) BASDEVANT : *op. cit.*, p. 113.

(2) CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : *op. cit.*, t. IV, p. 252 et suiv. ; RIEFF : *Commentaire sur la loi des actes de l'état civil*, n° 211 ; DEMOLOMBE : *op. cit.*, t. III, n° 91 ; BAUDRY LACANTINERIE : n° 1791 et s. ; GARRAUD : *op. cit.*, t. III, n° 335 ; *IV, n° 1.239.

L'autre partie de la doctrine soutient que ces deux textes visent un fait unique, celui, pour l'officier de l'état civil de célébrer un mariage sans avoir exigé le consentement des parents lorsqu'il doit être requis (1).

Nous examinerons les deux thèses en présence.

Les partisans de la dualité d'infractions trouvent dans la rédaction de l'article 156 un argument sérieux. La peine, est-il écrit, sera encourue lorsque le consentement n'aura pas été « énoncé » dans l'acte de mariage. La formule adoptée par les auteurs du Code pénal est toute différente.

De plus, font-ils remarquer, l'article 195 du Code pénal précise que les sanctions prévues aux articles 192, 193 et 194 de ce code sont appliquées sans préjudice des autres dispositions pénales du titre V du livre I du Code civil. L'article 193 du Code pénal n'a donc pu abroger la disposition de l'article 156 du Code civil et ces deux textes doivent être appliqués distributivement.

Certes, peut-on objecter à ce raisonnement, l'article 193 n'a pas abrogé l'article 156 ; il l'a même confirmé et l'a complété en fixant les limites de la peine.

Parmi les auteurs qui admettent la dualité des infractions réprimées par les articles 156 du Code civil et 193 du Code pénal, nous relevons des opinions différentes lorsqu'il s'agit de déterminer le quantum des peines applicables au défaut de mention.

Les uns, avec Demolombe (2), estiment que, si l'officier de l'état civil s'est assuré de l'existence du consentement, mais a négligé de l'indiquer dans l'acte de mariage, il sera passible d'une amende qui pourra être inférieure à 16 francs, puisque le Code civil, seul applicable à ce fait, ne fixe pas le minimum de cette amende. Le maximum de la peine

(1) GARÇON : Code pénal, art. 192 à 195, n° 21 ; MERSIER : *Traité théorique et pratique des actes de l'état civil. Observations*, p. 281 et 282.

(2) DEMOLOMBE : t. III, n° 91.

d'emprisonnement sera de cinq ans (1), voire illimité (2)...

Les autres, avec Garraud (3), pensent, au contraire, que les peines applicables se limitent à celles dont le quantum est fixé par le texte, et que minimum et maximum se confondent, le juge ne pouvant apprécier entre deux chiffres.

Cette opinion nous paraît plus rationnelle. La loi doit être interprétée de la façon la plus favorable au délinquant. Le minimum constitue également en l'espèce le maximum. Si l'on admettait le contraire, pourquoi s'arrêterait-on à ce maximum de cinq ans, puisque, à l'époque où le Code civil a été promulgué, la durée des plus longues peines d'emprisonnement n'était pas encore fixée ? Ne faudrait-il pas donner alors libre cours à l'arbitraire des juges ?

Si l'on se reporte aux travaux préparatoires, il semble que le législateur de 1810 et celui de 1804 ont voulu réprimer la même infraction : la célébration d'un mariage sans que le consentement requis ait été donné.

Dans l'exposé des motifs relatifs à l'article 156 du Code civil, Bigot Préameneu (4) s'est exprimé en ces termes : « Célébrer le mariage d'un fils n'ayant pas 25 ans, ou d'une fille n'ayant pas 21 ans, sans qu'ils aient les consentements exigés, et lorsque ces mariages peuvent par ce motif être attaqués, c'est la plus grande faute dont puisse se rendre coupables les officiers de l'état civil... » Noailles (5), dans son rapport au corps législatif sur les articles 166 à 198 du Code pénal a été aussi explicite « ...les peines portées par les articles 156 et 157 Code Napoléon, contre les officiers qui négligeraient de s'assurer du consentement des parents lorsqu'il est requis pour la validité du mariage sont maintenues (art. 193) ».

Les commentateurs, partisans de la thèse de l'unité

(1) GARÇON : *op. cit.*, art. 192 à 195.

(2) MERSIER : *op. cit.*, p. 281-282.

(3) GARRAUD : * t. IV, n° 1.239.

(4) LOCRÉ : *Esprit du Code Napoléon*, t. II, p. 98.

(5) R. J. G. D., V° Forfaiture, n° 4, note 2, § 4, p. 6.

d'infraction, en déduisent que les auteurs du Code civil ont présumé que, si l'énonciation du consentement ne figure pas dans l'acte, cette absence est due au défaut de consentement.

Loi du 21 juin 1907. — La loi du 21 juin 1907, en supprimant la peine d'emprisonnement prévue par l'article 156 du Code civil a donné à la question que nous étudions un intérêt nouveau. Si l'on admet que l'article 156 vise uniquement le défaut d'énonciation du consentement donné, cette infraction n'est plus punie que d'une peine d'amende, par contre la célébration d'un mariage sans avoir requis le consentement des parents fait toujours encourir à l'officier de l'état civil une peine d'emprisonnement. Si l'on admet au contraire que l'article 156 et l'article 192 frappent le même délit on doit en conclure que ce dernier article a été tacitement abrogé.

Dans son rapport devant la Chambre le député R. Perret (1) a pris parti « il va de soi, dit-il, que l'article 193 du Code pénal n'est point abrogé... l'article 193 du Code pénal prévoit une situation toute différente de celle visée par les articles 156 et 157 du Code civil et s'applique, non au cas où l'officier aurait omis d'énoncer un consentement qui a été donné, mais à celui, beaucoup plus grave où il aurait célébré une union sans que le consentement ait été obtenu ».

Nous ne pouvons que partager cette manière de voir qui est la plus logique. La thèse de l'unité d'infraction ne repose que sur l'exposé des motifs de Bigot Préameneu et sur le rapport de Noailles. Nous savons combien il faut se montrer circonspect dans l'admission des théories formulées au cours des travaux préparatoires. Le défaut de mention du consentement dans l'acte est un fait grave, qui, s'il ne vicie pas le mariage, est de nature à faire naître de grosses difficultés de preuve dans le cas où ce consentement serait

(1) *Journal Officiel*, D. P. Chambre, 20 juin 1907.

discuté. Il serait regrettable que des faits de cette nature restent impunis. La thèse de la dualité d'infraction s'appuie sur un argument de texte sérieux, elle est la plus rationnelle. Nous l'adopterons donc (1).

Si le consentement a été reçu, et que l'énonciation de cette formalité ne figure pas dans l'acte, l'officier de l'état civil encourt une condamnation à l'amende prévue par l'article 156 du Code civil ; si les parents n'ont pas consenti à l'union, la sanction est plus sévère : à l'amende s'ajoute une peine d'emprisonnement (art. 193 du Code pénal).

Il est regrettable que les renseignements fournis par la statistique criminelle, où ce délit est compris dans la rubrique « infractions à la tenue des actes de l'état civil » ne permettent pas de connaître si les tribunaux ont pris parti pour l'un ou l'autre des deux systèmes en présence. Quoi qu'il en soit, l'absence de toute espèce rapportée au bulletin criminel montre que des sanctions sont rarement infligées pour des faits de cette nature.

Éléments du délit. — La loi, en confiant à l'officier de l'état civil la mission de « s'assurer de l'existence du consentement », lui a imposé de contrôler : 1° Que l'autorisation requise est donnée ; 2° Qu'elle émane des personnes qualifiées.

Il appartient à celui qui célèbre le mariage d'exiger à cet effet la production de toutes pièces utiles, et nous estimons que, s'il manque à cette règle, il doit être poursuivi.

Mais il ne faut pas étendre à l'excès les obligations de l'officier de l'état civil et admettre que celui-ci est responsable de n'avoir pas découvert l'irrégularité des actes qui lui sont présentés (2).

Sans doute est-ce un devoir pour le maire ou l'adjoint

(1) FAUSTIN-HÉLIE et DEPEIGES : *Pratique des Cours et Tribunaux*, n° 506.

(2) CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : *op. cit.*, t. IV, p. 254 ; GARRAUD : *op. cit.*, t. III, p. 468 ; * t. IV, n° 1239.

qui célèbre un mariage, de vérifier la régularité des pièces dont il a exigé la production, mais, en cas de poursuite contre l'officier de l'état civil, le Ministère Public aura la charge d'établir que ce prévenu a agi alors qu'il connaissait l'irrégularité.

Indiquons enfin, que lorsque le consentement n'a pas été donné et que le contraire a été volontairement mentionné dans l'acte, cette infraction constitue le crime de faux en écriture publique.

NOTIFICATION AUX PARENTS DE L'UNION PROJÉTÉE

L'obligation civile

Nous avons vu que le Code Napoléon avait imposé à la fille âgée de moins de 21 ans et au fils de moins de 25 ans, qui voulaient contracter mariage, l'obligation d'obtenir le consentement de leur père et mère. Même après avoir atteint l'âge de la majorité matrimoniale, les futurs époux ne pouvaient se marier librement ; ils devaient encore, à défaut du consentement spontané de leurs ascendants, solliciter leur « conseil en leur notifiant l'union projetée dans un « acte respectueux ».

Ces règles, modifiées à plusieurs reprises, devinrent de plus en plus libérales.

Depuis la loi du 2 février 1933 (1), la notification de l'union projetée n'est plus exigée que pour les mariages de mineurs de 21 ans, dans le cas où l'un des parents refuse

(1) Signalons que la loi du 4 février 1934 est venue réparer une omission du législateur. La loi du 2 février 1933 avait laissé inchangé l'article 157 du Code civil, qui renvoyait à l'article 148, alinéa 2, alors que cette même loi supprimait le 2^e alinéa de cet article 148.

son consentement. Elle l'impose alors de façon impérative et aucune dispense ne peut être accordée.

Sa sanction. — Les conséquences de l'omission de cette formalité sont les suivantes :

Au point de vue civil, le défaut de notification n'est pas de nature à entacher la validité du mariage.

Au point de vue pénal, cette absence de notification emporte une sanction contre l'officier de l'état civil.

La sanction pénale

L'article 157 du Code civil de 1804 prévoyait déjà la condamnation de celui-ci à la peine d'amende fixée à l'article 192 du Code civil, et à un emprisonnement qui ne pourrait « être moindre d'un mois ». La loi du 21 juin 1907 a réduit la peine édictée contre l'officier de l'état civil à celle fixée par l'article 192, soit à 300 francs au maximum. L'emprisonnement n'est plus applicable.

Nous ne reviendrons pas ici sur l'interprétation qu'il convient de donner au texte de cet article pour l'évaluation des limites de la peine, ni sur la question de savoir quel est le tribunal compétent pour connaître de l'infraction. Les principes que nous avons appliqués lors de l'étude du délai de viduité et du consentement des parents trouvent là encore leur application et permettent d'arriver à des conclusions identiques (1).

Personnes punissables. — L'officier de l'état civil est seul susceptible d'être poursuivi. Les époux ne peuvent être considérés ni comme coauteurs ni comme complices (2).

(1) Cf. p. 36 et suivantes.

(2) Nous pouvons constater que, célébrer un mariage alors que les notifications aux parents n'ont pas été faites et célébrer un mariage avant l'expiration du délai de viduité constituent deux infractions sanctionnées de façons analogues, aussi bien au civil qu'au pénal.

CÉLÉBRATION DU MARIAGE MALGRÉ UNE OPPOSITION

L'obligation civile

Lorsqu'une opposition au mariage a été formée, l'officier de l'état civil doit s'abstenir de procéder à la célébration tant qu'il n'en a pas obtenu la mainlevée.

La sanction pénale

Le fait de passer outre à une opposition, s'il ne peut, en lui-même, constituer un cas de nullité du mariage, rend l'officier de l'état civil passible d'une peine d'amende de 300 francs et l'expose, en outre, à se voir réclamer des dommages-intérêts.

Étendue de l'obligation à la charge de l'officier de l'état civil. — Faut-il admettre que l'officier de l'état civil n'est tenu de surseoir à la célébration du mariage que lorsque l'opposition qui lui est présentée est régulière et bien fondée ? Le texte de l'article 68 du Code civil ne nous permet pas de répondre par l'affirmative à cette question. Ainsi que l'a écrit Demolombe (1), en cas d'opposition l'officier de l'état civil n'a pas qualité pour se faire juge « ni de la forme, ni du fond ».

Toutefois, il faut qu'un acte d'opposition lui ait été signifié, et personne ne lui fera grief de n'avoir pas tenu

(1) DEMOLOMBE : t. III, n° 163 et dans le même sens C. Bruxelles, 6 juillet 1816 (R. J. G. D., V° Mariage, n° 301) ; Contra MERLIN : *op. cit.*, t. XVII, V° Opposition à mariage, question 1, sur art. 177 ; RIEFF : n° 179 ; *Zachariae*, édit. Vergé Massé, t. I, p. 194 et 195.

compte d'une simple déclaration verbale ou d'une lettre missive.

Tribunal compétent pour connaître de l'infraction et nature de la peine. — Le Tribunal compétent pour statuer sur les infractions à l'article 68 du Code civil est le Tribunal civil qui connaît des infractions en matière d'actes de l'état civil. Le caractère forfaitaire de l'amende, dont le chiffre est fixé de façon intangible, la place occupée par l'article 68, au titre II du Code civil, alors que le Code pénal ne fait pas allusion à cette partie du code dans son article 195 ne permettent pas, à notre avis, de rendre le délinquant justiciable du Tribunal correctionnel (1).

NÉCESSITÉ D'UNE AUTORISATION DU MINISTRE DE LA GUERRE POUR LE MARIAGE DES MILITAIRES

Aux termes du décret du 16 juin 1808, article 3 : « Tout officier de l'état civil qui sciemment aura célébré le mariage d'un officier, sous-officier ou soldat en activité de service, sans s'être fait remettre » la permission écrite du Ministre de la Guerre qu'il doit obtenir pour pouvoir contracter mariage, ou qui « aura négligé de la joindre à l'acte de célébration du mariage, sera destitué de ses fonctions ».

Ce texte, conçu et édicté à une époque pendant laquelle les maires étaient des fonctionnaires, ne nous paraît guère compatible avec l'organisation municipale actuelle. Cependant, nous pensons que des mesures administratives peuvent

(1) RIEFF : n° 180 ; DERANSART : *La pratique des Parquets*, V° Mariage ;
Contra cependant LE POITTEVIN : *Dictionnaire des Parquets*, V° Mariage,
n° 96.

toujours être prises contre l'officier de l'état civil qui enfreint les prescriptions du décret de 1808.

Le Tribunal civil et le Tribunal correctionnel sont incompétents pour infliger de telles sanctions.

SANCTION PÉNALE DES RÈGLES DE FORME RELATIVES A LA FORMATION DU MARIAGE

Après avoir examiné les sanctions des règles de fond il nous faut étudier celles des règles de forme.

Les formalités relatives à la célébration du mariage font l'objet d'un chapitre entier du Code civil. Elles ont toutes pour but d'assurer la publicité du mariage : les unes ont trait aux publications, les autres concernent les modalités de la célébration.

PUBLICATIONS

L'obligation civile

Le Code civil de 1804 imposa qu'avant la célébration du mariage deux publications orales fussent faites, à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, à la porte de la maison commune. Acte en était dressé et un extrait de cette pièce était affiché à la porte de la mairie.

Dans les communes de quelque importance l'usage s'établit de procéder seulement à l'affichage et d'omettre la formalité orale qui tomba en désuétude (1). La loi du 21 juin 1907 consacra la pratique et réduisit à une le nombre des publications. La loi du 8 avril 1927 décida que le délai minimum entre la publication et la célébration du mariage serait de dix jours.

(1) Cf. la Circulaire du Garde des Sceaux en date du 12 juillet 1907. *Bulletin Officiel du Ministère de la Justice*, année 1907, p. 169 et suiv.

Le défaut de publication n'est pas à lui seul une cause de nullité de l'union, mais il constitue un élément de clandestinité (1). Pour que le mariage soit annulable, il faut la réunion de plusieurs faits (2). Il appartient aux tribunaux d'apprécier, sous le contrôle de la Cour de Cassation, si les éléments de publicité ont été suffisants, pour dire si le mariage contracté est valable.

Lorsqu'une union a été contractée dans des conditions telles qu'elle peut être attaquée pour vice de clandestinité aucune confirmation ne peut intervenir et la prescription ne couvre jamais la nullité (3). Cependant, lorsque les époux ont la possession d'état de gens mariés et produisent leur acte de mariage, ils ne sont plus recevables à demander la nullité de leur mariage (art. 196 du Code civil). Bien plus, quelle que soit la personne qui invoque le défaut de publicité, la possession d'état d'époux doit être prise en considération par le tribunal pour conclure éventuellement à l'absence de fraude et dire le mariage valable (4).

La publication n'est pas indispensable en toutes hypothèses et les futurs époux peuvent en être dispensés pour « causes graves » dont l'appréciation est laissée au Procureur de la République. Ce magistrat ne doit d'ailleurs accorder

(1) Cass. 15 juin 1887, D. P., 88-1-412 ; C. Paris, 3 mars 1897, D. P., 97-2-440 qui précise : lorsque les publications « n'ont pas eu lieu, cette infraction aux prescriptions de la loi ne pourraient, par elle seule, constituer la clandestinité du mariage et ne saurait entraîner, aux termes de l'article 192, C. civ. qu'une amende de 300 frs à la charge de l'officier de l'état civil ».

(2) TOULLIER : *op. cit.*, t. I, n^{os} 586-587.

(3) Opinion généralement admise par les auteurs. Quelques décisions de jurisprudence en sens contraire.

(4) Cf. *Répertoire pratique Dalloz*, V^o Mariage, n^o 554 et, parmi les références indiquées : Aix, 14 mai 1857, D. P., 57-2-148 ; Bastia, 7 mai 1859, D. P., 60-2-158 ; Paris, 24 avril 1874, D. P., 75-2-9 ; Rennes, 27 août 1879, D. P., 80-2-189 ; Lyon, 29 décembre 1881, D. P., 82-2-113. Il est vrai que toutes ces espèces concernent des mariages célébrés à l'étranger sans publications en France, et que, selon l'opinion généralement admise, l'omission de cette formalité n'entraîne, en ce cas, la nullité que lorsqu'elle a été faite à dessein, pour éluder les dispositions de la loi française. Cf. notamment Cass. 8 mars 1875, D. P., 75-1-482 ; Cass. 15 juin 1887, précité (note 1) ; Cass., 3 janvier 1906, D. P., 06-1-207.

la dispense qu'avec « beaucoup de prudence (1) » et doit rendre compte à la Chancellerie.

La sanction pénale

L'officier de l'état civil qui ne respecte pas les règles relatives aux publications et aux délais dans lesquels elles sont faites encourt une peine d'amende, dont le maximum est de 300 francs.

Outre l'officier de l'état civil, les parties contractantes, ou, si elles sont mineures, ceux sous la puissance desquels elles se trouvent, peuvent être condamnées à une amende « proportionnée à leur fortune ». Pour que ces personnes soient punissables, il faut qu'elles aient commis une faute ; elles ne pourraient évidemment être poursuivies si les publications n'avaient pas été faites par suite de la négligence d'un officier de l'état civil.

PUBLICITÉ

L'obligation civile

L'article 165 du Code civil dispose que « le mariage sera célébré publiquement... devant l'officier de l'état civil. L'article 193 prévoit que, lorsque cette obligation n'aura pas été respectée, les peines portées à l'article précédent « seront encourues par les personnes qui y sont désignées, lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage ».

Le défaut de publicité rend le mariage clandestin. Nous avons indiqué au chapitre précédent ce qu'il fallait entendre

(1) Circulaire du Garde des Sceaux du 12 juillet 1907, précitée p. 45.

par « vice de clandestinité » et quelles en étaient les conséquences.

La publicité prévue par l'article 156 du Code civil est constituée par trois éléments. Pour respecter les règles qui la régissent le mariage doit être célébré : 1^o Par un officier de l'état civil compétent ; 2^o Dans la maison commune où le public est librement admis ; 3^o En présence du nombre de témoins requis.

Chaque fois qu'un élément de publicité manque, la validité du mariage peut être contestée, l'infraction se trouve établie et les sanctions pénales deviennent applicables (1).

L'officier de l'état civil et les parties contractantes doivent être condamnées.

Si personne ne peut accorder de dispense de toute publicité, le Procureur de la République peut, s'il existe des raisons sérieuses, requérir l'officier de l'état civil de célébrer le mariage dans un lieu autre que la maison commune (art. 75, § 2). La loi permet à l'officier de l'état civil de se transporter au domicile des parties sans en avoir été requis lorsqu'il y a péril imminent de mort. Il est tenu de rendre compte au Procureur de la République de son initiative.

La sanction pénale

La sanction pénale aux règles de publicité est prévue par l'article 193 du Code civil qui renvoie à l'article précédent dont nous avons eu l'occasion, à diverses reprises, d'analyser les effets.

Lorsque l'officier de l'état civil s'est transporté au domicile d'une personne en danger de mort pour procéder au

(1) Cf. le rapport du Conseiller Brard dans l'affaire Pistre, Cass., 31 mai 900, D. P., 1901-1-205.

mariage et qu'il a négligé d'en rendre compte au Parquet, il encourt des poursuites. Au point de vue civil le mariage ne sera pas annulable par ce seul fait, mais le défaut d'avis d'une union contractée dans des conditions telles que sa publicité risque d'être contestée par la suite est susceptible d'aggraver la suspicion de clandestinité, dont l'officier de l'état civil doit rendre compte.

Ni les époux, ni les parents ne sauraient être inquiétés puisque aucune faute personnelle ne peut leur être imputée.

LAICITÉ

Historique

Sous l'Ancien Régime, l'autorité religieuse fut seule compétente pour procéder à la célébration des mariages.

Si l'on fait abstraction de l'Édit de Louis XVI, promulgué en septembre 1787, la situation restait, à la veille de 1789, ce qu'elle avait été durant les siècles antérieurs.

La Révolution, ainsi que nous l'avons déjà signalé, fit table rase du passé. L'Assemblée Constituante décida que la célébration du mariage constituerait désormais une formalité civile et la loi voulut ignorer les cérémonies religieuses qui l'accompagnaient (1).

De l'année 1793 à l'an X, il ne paraît pas avoir existé de dispositions légales obligeant les futurs époux à se présenter devant l'officier de l'état civil avant de faire bénir leur union par un ministre du culte. Dans la législation assez confuse de cette époque, nous avons trouvé un décret qui permet de penser que la bénédiction nuptiale pouvait

(1) Telle était d'ailleurs l'opinion des auteurs dont les théories ont préparé la Révolution. Cf. ROUSSEAU : *Le Contrat Social*, livre I, chap. VIII ; VOLTAIRE : *Dictionnaire Philosophique*, V^e Lois civiles et ecclésiastiques ; MONTESQUIEU : *L'Esprit des Lois*, livre XXVI, chap. XIII.

être donnée au moment choisi par les parties. Il s'agit du décret du 7 vend. an IV (29 septembre 1795) (1), dont les articles 20 et 21 sont ainsi conçus : « *Art. 20.* — Il est défendu... d'avoir égard aux attestations que les ministres du culte, ou des individus se disant tels, pourraient donner relativement à l'état civil des citoyens... — *Art. 21.* — Tout fonctionnaire public, chargé de rédiger les actes de l'état civil des citoyens, qui fera mention dans les dits actes des cérémonies religieuses ou exigera la preuve qu'elles ont été observées, sera également condamné aux peines portées à l'article 18. » Ce texte interdit aux officiers de l'état civil de tenir compte des cérémonies religieuses qui ont pu précéder la rédaction des actes de l'état civil, mais il ne fait pas obstacle à la célébration antérieure de ces cérémonies (2).

La liberté de se présenter en premier lieu devant le ministre du culte était alors absolue et l'accomplissement des formalités du mariage civil après la bénédiction nuptiale (sans valeur légale) n'était même pas imposé aux parties.

La loi organique du 18 germinal an X (3) modifia ce régime libéral. L'article 54 imposa aux ministres du culte catholique d'exiger des époux la justification qu'ils avaient contracté un mariage civil. Un arrêté du 1^{er} prairial an X prévut une disposition analogue pour les ministres de la religion israélite. Ces obligations furent sanctionnées par les articles 199 et 200 du Code pénal.

Comment expliquer cette évolution législative ? L'innovation apportée en 1810 semble avoir été nécessitée par les circonstances du moment. Il est vraisemblable qu'à l'origine le mariage civil prit, pour le peuple, figure d'accès-

(1) R. J. G. D., V^e Culte, p. 682.

(2) « En sécularisant le mariage, on avait voulu laisser de côté toutes les croyances religieuses, afin d'assurer l'égalité entre elles... Chaque citoyen conservait le droit de faire bénir son union par le ministre de sa religion, même avant que, par l'intervention de l'officier municipal, cette union existât aux yeux de la loi. » (BASDEVANT, p. 187.)

3) Rendant applicable la convention du 26 messidor, an IX.

soire. La comparaison entre la fastueuse cérémonie religieuse et la simple formalité à la mairie était tout à l'avantage de la première. Alors que depuis toujours l'idée de mariage avait été associée à celle de solennité à l'église, inviter sans transition les fiancés à se présenter devant le maire pour qu'ils s'entendent déclarer « unis en mariage » après lecture de quelques articles du Code et échange des consentements devait paraître une méthode cavalière aux yeux de bien des gens (1) !

Cette formalité nouvelle perdait d'ailleurs le peu de grandeur qu'elle pouvait avoir, du fait qu'elle se déroulait dans la salle même où l'on prononçait les divorces. Comme si l'on avait voulu montrer la fragilité des unions qui s'y formaient et présenter le dyptique complet : « le poison et l'antidote (2) ».

Il est donc fort possible, qu'après la période durant laquelle on avait dû observer soigneusement les lois nouvelles pour ne pas être accusé de manque de patriotisme, avec toutes les répercussions que pouvait entraîner une telle suspicion, une réaction s'opéra, contre laquelle le législateur fut obligé de lutter.

La tendance du mariage religieux à prendre une place prépondérante aux dépens du mariage civil dut s'accroître encore après la reconnaissance du culte catholique par l'État. On craignit alors que certaines « gens simples » pussent croire que l'union religieuse constituait à nouveau un mariage civil. C'est pour éviter « qu'une si funeste méprise se perpétue » que le législateur du Code pénal frappa de sanctions pénales le fait par un ministre du culte de donner la bénédiction nuptiale sans s'être assuré de la célébration préalable du mariage.

(1) Cf. BASDEVANT : Sur le rôle de l'Église et son intervention, *op. cit.*, p. 175 et suiv.

(2) Jean, ROBIQUET : *La vie quotidienne sous la Révolution*, p. 85 et 86.

Limites d'application

Cérémonies religieuses visées par les articles 199 et 200 du Code pénal. — Les articles 199 et 200 du Code pénal répriment le fait par un ministre du culte de procéder aux cérémonies religieuses avant l'accomplissement des formalités légales concernant le mariage.

Lors de l'élaboration de ces articles, la Commission du Corps Législatif avait proposé d'adopter une règle d'antériorité identique pour les inhumations et les baptêmes. Le Conseil d'État repoussa cette extension (1).

La jurisprudence et la doctrine décidèrent en conséquence que l'obligation concernant le mariage ne devait pas être étendue à d'autres actes de l'état civil (2).

Les exigences de la loi s'imposent à toutes les unions célébrées en France, sans avoir égard à la nationalité des futurs époux. Des Cours et Tribunaux ont admis que la célébration civile du mariage avant la bénédiction nuptiale doit être exigée en cas de mariage entre étrangers, même lorsque dans leur pays d'origine le mariage civil se confond avec la cérémonie religieuse (3). Décisions logiques, puisqu'elles ont sauvé l'intérêt des familles.

Les ministres du culte ne tenant plus les registres de l'état civil, toute solution différente aurait risqué de compromettre l'état civil des enfants.

Le Tribunal de Montpellier, par un jugement du 31 octobre 1907 (*Gaz. Trib.*, 4 déc. 1907) a fait application des dispositions prévues aux articles 199 et 200 du Code pénal à des mariages religieux célébrés à une époque où des

(1) CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : *op. cit.*, t. 4, p. 279.

(2) GARÇON : *Code pénal Annoté*, art. 199 et 200, n° 11 ; BLANCHE : *Études sur le Code pénal*, t. 4, n° 5 ; CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : *Théorie du Code pénal*, t. 4, p. 279 ; GARRAUD : *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, t. III, n° 345, * t. IV, n° 1.249.

(3) Cass. Belge, 19 janvier 1852, D. P., 1871-5, V° Mariage, n° 4, Toulouse, 7 mai 1890, *Journal des Parquets*, 91-2-11.

municipalités avaient interrompu le fonctionnement des services de l'état civil.

L'obligation sanctionnée par les textes que nous étudions présente donc un caractère d'ordre public certain et doit être respectée pour tous les mariages.

Cultes visés. — La question de savoir quels sont les cultes visés par les articles 199 et 200 du Code pénal a fait l'objet de nombreuses controverses, qui se sont apaisées pour reprendre après le vote de la loi du 9 décembre 1905.

Nous avons vu, dans l'historique, comment la loi, applicable au culte catholique, avait été étendue aux cultes protestant et israélite. Cette suite de dispositions permet de penser qu'elle forme une liste limitative des religions auxquelles appartiennent les ministres du culte qui s'y trouvent assujettis.

D'ailleurs, nous pouvons penser, avec Garraud, qu'il est difficile d'admettre « que le premier venu puisse acquérir ...la qualité de ministre du culte par cela seul qu'il s'est laissé donner ce rôle » (1).

Le principal argument à l'appui de cette thèse résulte de la discussion dont les articles 199 et 200 ont été l'objet devant le Conseil d'État (2).

Mais, objecte-t-on, le passage cité par les auteurs semble surtout concerner les délits prévus et réprimés par les articles 201 à 208 du Code pénal. On conçoit que l'État frappe avec une sévérité toute particulière les ministres du culte reconnu qui sont payés par lui, lorsqu'ils critiquent, censurent les actes du Gouvernement ou provoquent à la rebellion, mais il paraît injuste de ne pas assurer la même protection à l'état civil de tous les individus, quelle que soit la religion à laquelle ils appartiennent.

(1) LOCRÉ : t. 30, p. 170 et suiv.

(2) Cf. BLANCHE : t. 4, n° 1. Telle aurait été la pensée de Portalis, Berlier, Cambacères.

Cet argument ne nous paraît pas décisif. Les auteurs du Code pénal ont voulu éviter que certaines gens confondent le mariage religieux avec le mariage civil et compromettent ainsi leur état civil. Si ce danger était réel pour le culte catholique, il ne l'était pas pour les autres, et l'interdiction ne se justifiait pas pour les ministres des autres religions, dont les actes n'avaient jamais été producteurs d'effets civils.

A la fin du XIX^e siècle, la quasi unanimité des auteurs admettait que les cultes reconnus se trouvaient seuls visés par les articles 199 et 200.

La loi du 9 décembre 1905, relative à la séparation des Églises et de l'État fit rejaillir le problème.

Si les articles 199 et 200 du Code pénal sanctionnaient seulement les infractions commises par les ministres des cultes reconnus par l'État, à partir du jour où celui-ci n'en reconnaissait plus aucun, il paraissait logique de conclure que ces textes se trouvaient tacitement abrogés.

Une telle interprétation paraît confirmée par l'article 44 de la loi de 1905 qui abroge : dans son § 1 la loi du 18 germinal an X, et, dans son § 3 l'ordonnance du 25 mai 1844. Peut-on admettre la survivance d'une sanction alors que l'obligation principale n'existe plus ?

De même, ajoutaient les partisans de cette thèse, le maintien en vigueur des articles 199 et 200 du Code pénal n'est pas compatible avec un régime de séparation des Églises et de l'État. Depuis 1905, les actes de l'Église sont des actes privés et la prohibition des articles que nous étudions se présente à nos yeux, comme « une véritable anomalie, d'autant plus choquante que la rigueur des sanctions édictées par ces articles n'est plus en harmonie avec l'échelle des peines applicables désormais aux ministres des cultes (1) ».

(1) Note de J. DE LAPANOUSSE : Sous arrêt Crim. du 9 novembre 1906, D. P., 1907-1-161.

Enfin, dernier argument, la Constitution de 1791 est ainsi conçue : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil » et jusqu'au jour où le culte catholique fut reconnu, chacun put contracter un mariage religieux dans les conditions qui lui plaisaient. L'État ayant adopté à nouveau le principe de la séparation, il est logique de revenir à l'ancien système.

Ces raisonnements ne parurent point convaincants aux magistrats de la Cour de Cassation. Ceux-ci approuvèrent les conclusions de leur conseiller rapporteur et admirèrent, par un arrêt du 9 novembre 1906, le principe de l'applicabilité des articles 199-200 du Code pénal.

Cette décision correspond à une exacte interprétation de la loi de 1905. S'il est vrai que celle-ci proclame que « la République ne reconnaît aucun culte » elle n'en organise pas moins avec une minutie extrême leur exercice et leurs fonctions.

Le fait que la loi de germinal an X et le règlement de 1844 ont été abrogés, ne saurait imposer comme une conséquence nécessaire l'abrogation tacite des articles 199-200 du Code pénal qui se suffisent à eux-mêmes.

Enfin, il faut surtout tenir compte de l'intention du législateur. Celui-ci ayant supprimé les articles 201 à 208, on peut penser qu'il a entendu conserver les deux précédents. L'examen des travaux préparatoires montre qu'il en est bien ainsi. Telle était l'opinion émise par Briand dans son rapport.

L'abrogation de ces articles fut d'ailleurs proposée par les amendements de l'abbé Gayraud devant la Chambre et par M. Delahaye devant le Sénat. Ils furent tous deux repoussés (1). Aucun doute ne saurait plus exister aujourd'hui.

(1) Chambre, séance du 3 juillet 1905, J. O. D. P., Chambre, p. 2677 ;
Sénat, séance du 5 décembre 1905, J. O. D. P., Sénat, p. 1710.

Éléments du délit

Célébration d'un mariage religieux. — Pour que le délit soit constitué, il faut que le mariage religieux ait été célébré.

Dans une note à la *Gazette du Palais* (1), M. Turlan considère la validité du mariage religieux comme un élément de l'infraction prévue par l'article 199 du Code pénal.

Commentant deux décisions rendues, l'une par la Cour d'Appel de Rennes, le 19 décembre 1923 (2), et l'autre par le Tribunal correctionnel de Nantes le 22 mai 1934 (3), il écrit : « Il s'agissait pour le Parquet de s'assurer préalablement des conditions de validité du mariage religieux, et de rechercher entre autres si la transcription du mariage religieux sur les registres paroissiaux était ou non nécessaire pour le rendre valable. »

Cette manière de voir ne saurait recueillir notre adhésion. Certes les deux juridictions citées ont bien recherché quelles conditions devait remplir un mariage religieux pour être valable, mais elles l'ont fait pour connaître l'intention du prêtre à ce sujet. « Il suffit pour que le délit existe, qu'un mariage religieux ait été célébré, sous quelque forme que ce soit, pourvu que le consentement des parties ait été pris et ait été inscrit sur le registre à ce destiné, ce qui est la démonstration qu'il a été considéré par le prêtre comme valable et suffisant. »

Pour engager des poursuites contre le ministre du culte il faut établir qu'il a reçu l'échange de consentements des fiancés alors que ceux-ci n'avaient pas encore comparu devant l'officier de l'état civil, et il n'y a pas lieu de s'attacher à la validité ou à la nullité du mariage religieux. A partir de l'instant où le ministre du culte, invité à célébrer l'union, a procédé à la cérémonie et accompli les formalités

(1) *Gaz. Pal.*, 1938-1. Doctrine, p. 56.

(2) *D. P.*, 1924-2-72.

(3) *Gaz. Pal.*, 1934-2-247.

habituelles, les parties se considèrent comme mariés, la possibilité de confusion existe et la sanction se trouve justifiée.

La formule employée dans l'article 199 corrobore cette interprétation du texte. La loi ne frappe pas le ministre du culte qui a *célébré* le mariage, mais celui qui a « *procédé aux cérémonies religieuses du mariage* ».

Défaut de célébration du mariage civil avant la bénédiction nuptiale. — Le second élément du délit est constitué par l'absence de célébration du mariage civil avant la bénédiction nuptiale. Il appartient aux époux de prouver que l'exécution de cette formalité a bien eu lieu avant qu'il soit procédé à l'accomplissement des cérémonies religieuses.

Il importe de remarquer qu'il n'existe aucune forme obligatoire pour cette justification. En général, elle résulte de la production d'une attestation écrite, signée par l'officier de l'état civil, mais tout autre procédé serait admissible (1, 2).

Lorsque le fait de la célébration du mariage civil est acquis le ministre du culte n'a pas à s'inquiéter de sa validité (3).

Bien que la justification légale du mariage n'ait pas été fournie, aucune peine ne sera prononcée si le mariage civil a eu lieu. (Voir les discussions devant le Conseil d'État, séance du 29 août 1807, D. J. G. D., V^o Culte N^o 295).

Intention délictuelle. — De nombreuses infractions aux dispositions relatives à la laïcité du mariage sont commises dans des circonstances telles que les mobiles auxquels

(1) GARÇON estime même qu'il suffirait que le ministre du culte sache que le mariage a été célébré. C. P. Annoté, art. 199-200, n^o 17.

(2) Mentionnons qu'une circulaire de M. le Garde des Sceaux en date du 20 avril 1937, a rappelé aux officiers de l'état civil que le certificat destiné aux ministres du culte devait être délivré sur papier timbré (*Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, 248^e livraison, année 1937, p. 46). Cette exigence a un caractère exclusivement fiscal.

(3) Cass. Belge 5 juillet 1880. Supplément au R. J. G. D., V^o Culte, n^o 186, note 1.

agissent les délinquants peuvent paraître moraux. Le délit se trouve néanmoins établi à partir de l'instant où le ministre du culte a béni l'union des conjoints sans s'être assuré de l'existence du mariage civil et la loi doit être appliquée même si le mariage a été célébré in-extremis, le mobile ne pouvant faire disparaître l'infraction, mais seulement en atténuer la gravité (1).

Il ne faut cependant pas admettre que le seul fait matériel suffise à constituer l'infraction. Si la bonne foi du ministre du culte a été surprise, par exemple, à l'aide de la production d'un faux certificat, le célébrant ne pourra pas être condamné. S'il a fait preuve de négligence, il en sera autrement.

Critique

Nous avons vu que la doctrine et la jurisprudence étaient d'accord pour admettre que les articles 199-200 du Code pénal étaient toujours applicables.

Pourtant, la survivance d'une règle imposée pour des raisons d'opportunité ne se justifie plus guère aujourd'hui.

La nécessité de la célébration du mariage par l'officier de l'état civil pour qu'il devienne productif d'effets civils est connue de tous, et le passage à la mairie est entré dans les mœurs. Il suffit d'ailleurs de consulter les statistiques criminelles pour se rendre compte que les infractions aux textes que nous étudions ont toujours été très rares, et qu'elles sont devenues exceptionnelles.

Pourquoi maintenir dès lors une obligation et sa sanction corrélatrice, alors que la logique elle-même demande leur abrogation ? L'union libre est une situation productive d'effets juridiques. Aucun texte n'interdit la constatation

(1) Rennes, 19 décembre 1923, D. P., 24-2-72.

solennelle d'un tel état : en présence de témoins par exemple, voire même devant un officier ministériel.

Le mariage religieux ne devrait pas avoir de régime différent. Aux yeux de la loi, il devrait apparaître comme une cérémonie analogue à celle de J.-J. Rousseau déclarant, en présence de deux amis, qu'il prenait Thérèse Levasseur pour femme légitime à la face de l'Être suprême.

Les peines prévues en cas de récidive sont au surplus exagérées, et constituent un véritable anachronisme législatif ; nous croyons que, si elles ne pouvaient être modifiées par le jeu des circonstances atténuantes, les poursuites se termineraient fréquemment par des acquittements.

La nécessité de la célébration du mariage civil avant la bénédiction nuptiale ne paraît plus avoir de raison d'être actuelle. C'est le motif pour lequel les auteurs estiment qu'elle pourrait être supprimée sans inconvénient (1).

Cette opinion se trouve justifiée par l'absence de troubles dans les pays où les futurs époux peuvent agir à leur guise.

Compétence

Les infractions aux articles 199 et 200 du Code pénal sont justiciables des Tribunaux correctionnels ou des Cours d'Assises. Les poursuites peuvent être engagées sans autorisation préalable d'aucune sorte (2).

Lors de la discussion des articles 199-200 devant le Conseil d'État, le ministre des cultes avait proposé que les infractions commises soient jugées par les Tribunaux civils, comme celles commises par les officiers de l'état civil. Cette disposition, vivement combattue, fut retirée par son auteur (3).

(1) Entre autres : GARRAUD ; COLIN et CAPITANT, t. I, p. 119-120. Contra semble-t-il G. RIPERT : *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*.

(2) Solution admise avant la séparation de l'Église et de l'État. Aujourd'hui cette question n'a plus de raison d'être posée.

(3) RIEFF : p. 590 ; LOCRÉ : t. 30, p. 189.

La compétence des Tribunaux répressifs se trouvera réglée par les antécédents du prévenu. Le Code pénal a prévu, en effet, un système original d'aggravation des peines. La première infraction est sanctionnée par une amende de 16 à 100 francs, la seconde par un emprisonnement de deux à cinq ans, la troisième par la détention.

Ce système ne tient aucun compte du délai pendant lequel ont été commises les infractions, il ne saurait, selon la doctrine, se combiner avec la récidive générale des articles 56 et suivants du Code pénal.

L'existence de précédentes condamnations constitue une véritable circonstance aggravante, et, si l'accusé comparaît devant la Cour d'Assises, les jurés seront appelés à se prononcer sur elles par une question spéciale.

Nous pensons que les questions à poser aux jurés seraient les suivantes :

L'accusé..... est-il coupable d'avoir à..... le..... étant ministre du culte..... procédé aux cérémonies religieuses d'un mariage non reçu préalablement par l'officier de l'état civil ?

A-t-il été condamné pour une infraction analogue par jugement contradictoire du Tribunal de..... le..... sans qu'il ait été fait appel dudit jugement ;

A-t-il été condamné une deuxième fois pour un fait de même nature par arrêt contradictoire de la Cour d'Appel de..... le..... sans qu'il y ait eu contre cet arrêt aucun recours en cassation ;

Il est en effet indispensable de diviser, dans la position des questions, le fait principal et les deux circonstances aggravantes, pour permettre aux jurés de « purger l'accusation ». A ce titre les formules proposées par Blanche (1) et même par Garçon dans son Code pénal annoté (2) nous

(1) T. 4, N° 7.

(2) Art. 199-200, N° 26.

paraissent insuffisantes. Celle proposée par Garraud (1) n'est pas satisfaisante, car elle pourrait s'appliquer à un accusé précédemment condamné une seule fois.

Complicité

Les règles de la complicité ne paraissent pas applicables en la matière. Si aucun texte ne les exclut expressément, il convient de noter que le délit suppose toujours la coopération des époux, et que, le législateur ne les comprenant pas dans ses prévisions a manifesté ainsi son intention de les soustraire à la répression. En doctrine, aucun auteur n'a soutenu la thèse contraire, et, dans la pratique, l'action publique n'a jamais été exercée contre les conjoints.

(1) T. 3, N° 351.

DEUXIÈME PARTIE

Sanctions pénales des devoirs issus du mariage

A l'étude de la formation du mariage et des infractions dont elle peut être l'objet doit succéder celle des devoirs issus de l'union et de leurs sanctions pénales.

Les articles 212, 213 et 214 du Code civil nous indiquent quelles sont les obligations des conjoints : Ils se « doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ». La femme doit encore habiter avec son mari qui est tenu de la recevoir.

Seule la violation des devoirs de fidélité, de secours et d'assistance peut entraîner une répression pénale. Ces obligations sont donc les seules dont nous aurons à nous occuper.

DEVOIR DE FIDÉLITÉ ADULTÈRE

Le mot de fidélité est un de ces vocables, employés par le législateur, dont les auteurs ne donnent point de définition. C'est dans la jurisprudence que nous rechercherons ce qu'il faut comprendre par ce terme.

A l'obligation d'être fidèle correspondent, à titre de sanctions : dans la législation civile, les procédures du

divorce et de la séparation de corps, et, dans la législation pénale, les poursuites en adultère.

Nous rechercherons dans quelle mesure l'adultère réprime les infractions au devoir de fidélité et nous établirons la comparaison avec les règles applicables en matière de divorce.

Traçons, en premier lieu, un aperçu succinct de ce qu'a été la législation de l'adultère dans l'ancien droit français. Cet historique nous sera utile pour comprendre l'existence de certaines règles fixées par le Code pénal.

Historique

L'adultère est, selon toute vraisemblance, l'infraction qui a été sanctionnée par des peines de gravité et de nature les plus diverses.

La loi Gombette prévoyait que le mari outragé pouvait tuer la femme adultère et son complice (Cap. 68, Baluze 1), mais il lui fallait les tuer tous les deux !

La loi Salique, dans son titre 15 punissait d'une amende de 200 écus le rapt avec violence d'une femme enlevée à son mari.

Une loi de Dagobert, rapportée dans les *Capitulaires des Rois de France sous l'année 630* porte (tit. 7) : « Si quelqu'un couche avec la femme libre d'un autre homme, qu'il arrange cette affaire avec le mari et qu'il lui paie 160 écus (art. 1). — S'il est tué dans le lit pendant qu'il est avec elle, qu'au lieu de l'arrangement qu'il devait payer sa mort reste sans vengeance (art. 2). — S'il n'a mis qu'un pied dans le lit,

(1) Au cours de ce chapitre, nous n'examinerons pas toutes les questions que pose la répression de l'adultère. Elles sont si nombreuses et si vastes qu'elles pourraient, à elles seules former la matière de plusieurs thèses. Nous nous bornerons à rechercher dans quelle mesure la répression de ce délit sanctionne le devoir de fidélité, ce qui nous fera laisser dans l'ombre divers problèmes fort intéressants (relatifs à la complicité, à la preuve...) qui devraient trouver place dans une étude complète sur l'adultère.

que la femme l'ait repoussé et qu'il n'ait rien fait de plus, qu'il arrange cette affaire pour 12 écus, puisqu'il a foulé sans droit une couche qui n'était pas la sienne (art. 4)(1). »

Les Capitulaires de Charlemagne et Louis le Débonnaire punissaient l'adultère d'une peine capitale (2).

Par la suite, l'usage s'établit de condamner au fouet et à l'amende (3). Parfois de simples défenses de récidiver, admonitions ou blâmes furent prononcés (4). Mais les dispositions de la novelle 134 Cap. 10, introduite en Droit Romain par Justinien, ne tardèrent pas à prévaloir. Jousse, dans son traité de justice criminelle (5), s'exprime en ces termes : « Aujourd'hui, la jurisprudence qui s'observe en France est qu'à l'égard de la femme adultère on suit dans toute sa rigueur la novelle 134 Cap. 10 et l'authentique *sed hodie* du Code ad leg. Jul. de adulte. On en a seulement retranché la peine du fouet. »

Ainsi, on condamne la femme à être authentiquée, c'est-à-dire, renfermée dans une communauté ou couvent, tel que le mari veut choisir « ...pendant une durée de deux années son mari peut la voir et la reprendre ; s'il n'en fait rien, elle est condamnée à être rasée, voilée et vêtue comme les autres religieuses ». D'autres sanctions civiles, pécuniaires accompagnaient. La peine contre les galants des femmes adultères étaient arbitraires.

Pendant la période du Droit intermédiaire, aucune loi

(1) Rapporté par Achille MORIN : *Répertoire général et raisonné du Droit criminel*, t. I, V^o Adultère, n^o 3.

(2) BALUZE : livre V, cap. 325.

(3) « C'est ce qui fut réglé par Charles fils aîné, lieutenant de Jean premier, en février 1357 pour les habitants de Ville-Franche en Périgord, article XXI, par Jean premier en 1350 pour les habitants de Grenade et d'Aiguemortes, et par le même ou par Jean II en 1362 pour les habitants de Prissey près Mâcon, art. XI. » Il en était de même dans la coutume de Saint-Sever, MERLIN, V^o Adultère.

(4) Sur les peines prévues par le droit canonique, cf. LE BAS : *Des conséquences civiles et pénales de l'adultère*, p. 104 et suiv. ; A. W. BOUCHÉ : *Étude sur l'adultère au point de vue pénal*, p. 147 et suiv.

(5) Edition de 1771, t. 3, p. 211.

ne fut promulguée au sujet de l'adultère. Le Code pénal du 25 septembre, 6 octobre 1791 et celui du 3 brumaire an IV omirent de l'incriminer (1).

Le complice de la femme adultère fut également puni de peines plus ou moins sévères suivant les époques.

Sous l'Ancien Régime, il était condamné à l'amende, au fouet, au bannissement ou aux galères, voire à la peine de mort si l'infraction avait été accompagnée de circonstances aggravantes.

Les Capitulaires de Charlemagne réprimaient le fait par un mari de tromper sa femme comme un crime capital. Mais ces dispositions « n'étaient pas suivies (2) ».

Cet usage, de laisser l'adultère du mari impuni, se trouve confirmé par les espèces rapportées dans les ouvrages de jurisprudence du XVIII^e siècle qui sanctionnent toujours des infractions commises par des femmes et leur complice. Il paraît d'autant plus ancré et passé dans les mœurs que beaucoup d'auteurs de l'époque, après avoir commenté l'adultère commis par la femme ne signalent celui commis par le mari qu'à titre de fin de non recevoir en cas de poursuites contre la femme.

Denisart, dans sa « Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence » note (3) : « Dans nos usages, il est constant qu'une femme n'est pas reçue à accuser son mari d'adultère. »

Pothier n'écrit-il pas, à ce sujet : « Ajoutez qu'il n'appartient pas à la femme, qui est une inférieure d'avoir inspection

(1) Sur le projet qui fut soumis à l'Assemblée, le 7 juillet 1791, cf. Roger MORIN : *La sanction pénale de l'adultère*, p. 21. Le mari n'était pas punissable.

Est-ce à la suite d'un oubli ou d'une omission volontaire que l'adultère ne fut pas incriminé ? Il existait, avant la Révolution des partisans de la non-répression de ce délit. Montesquieu écrivait déjà « un mari qui voudrait seul posséder sa femme serait regardé comme un perturbateur de la joie publique et comme un insensé qui voudrait jouir de la lumière du soleil à l'exclusion des autres hommes ».

(2) *Collection de décisions nouvelles...* Denisart. 6^e édition, t. I, Paris, 1768, p. 51, n^o 6.

(3) T. I, Paris 1783, P. 270, n^o 4.

sur la conduite de son mari qui est son supérieur. Elle doit présumer qu'il lui est fidèle, et la jalousie ne doit pas la porter à faire des recherches de sa conduite (1) ».

Pourtant, si, en aucun cas, la femme n'était admise à porter plainte contre son mari, quelques coutumes de Flandres prononçaient des peines contre celui-ci, lorsqu'il était dénoncé par un tiers. Mais le caractère exceptionnel de ces règles n'en est pas moins certain, et l'adultère du mari restait en général impuni.

Caractères du devoir de fidélité dans le Droit moderne

Le devoir de fidélité s'impose aux deux époux, dans des conditions identiques, autant que dure le mariage. Seul le décès de l'un des conjoints ou la survenance d'un jugement de divorce, devenu définitif peut y mettre un terme.

La loi du 18 février 1938, qui prévoit la possibilité d'autoriser les époux à résider en des lieux différents ne saurait délier les parties de l'obligation d'être fidèles.

Il en est de même de l'ordonnance par laquelle le Président du Tribunal assigne une résidence séparée aux époux en instance de séparation de corps ou de divorce (2).

Le jugement de séparation de corps lui-même n'a pas d'influence sur l'obligation de fidélité, puisque le mariage subsiste, et les époux pourront toujours faire état des manquements éventuels pour former une demande en divorce.

Ce devoir présente un caractère d'ordre public (3) certain,

(1) *Traité du Contrat de Mariage*, n° 516, t. 2, 6^e partie, chap. III, art. 1, § 1, p. 186-187 de l'édition de 1771.

(2) *Rej.* 12 décembre 1857, *Boussard B.* 396, p. 625 ; *Rej.* 17 août 1883, *B.* 219, p. 366.

(3) *Caen*, 29 novembre 1855 ; *Rouen et Caen*, 1856-6.

et, ni le mari, ni la femme ne peuvent en délier leur conjoint. Ils restent juges de l'opportunité des sanctions et, nonobstant toutes conventions ou accords contraires, conservent la faculté de provoquer la répression pénale des infractions à la foi conjugale (1).

**Mesure dans laquelle les poursuites pour adultère
sanctionnent les manquements
au devoir de fidélité**

L'adultère est constitué par le fait que deux personnes, dont l'une au moins est mariée, ont ensemble des relations sexuelles.

Ce délit comporte donc trois éléments : état de mariage de l'un des auteurs, existence de relations sexuelles et enfin intention coupable.

Lorsque l'adultère est commis par le mari, pour qu'il devienne punissable il faut encore que celui-ci ait entretenu sa concubine au domicile conjugal. Deux éléments nouveaux viennent s'ajouter aux trois précédemment signalés : l'existence de relations suivies et leur entretien en un lieu déterminé, au « domicile conjugal ».

Quand l'un de ces éléments fait défaut aucune répression pénale ne peut intervenir. Il en résulte que les manquements au devoir de fidélité ne se trouvent pas nécessairement sanctionnés par les poursuites en adultère.

C'est ainsi que les actes resteront impunis, lorsqu'ils auront été limités à des privautés, aussi osées qu'elles furent. Il en sera de même pour tous les actes commis par des personnes de même sexe...

(1) Même référence que note 3, p. 67. Contra cependant, Caen, 1^{er} février 1855 ; Rouen et Caen, 1855-141.

La tentative de ce délit n'ayant pas été incriminée de façon spéciale par le législateur ne sera pas punissable sur le terrain pénal.

Tous ces faits sont néanmoins susceptibles de motiver une demande en séparation de corps ou en divorce (1).

Ainsi, la notion d'adultère et celle d'infraction au devoir de fidélité ne sont pas identiques et l'on peut se demander si la répression du délit d'adultère ne serait pas, pour les gens mariés, la sanction pénale de la procréation hors mariage et plus particulièrement de la règle « pater is est quem nuptiae demonstrant ».

La différence de pénalité qui existe entre l'adultère de la femme, sanctionné d'une peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans et l'adultère du mari, sanctionné d'une simple peine d'amende ; la nécessité de l'entretien d'une concubine au domicile conjugal pour que l'adultère du mari soit punissable (circonstance qui met obstacle à toutes poursuites contre celui-ci, au cas de séparation de corps) semble confirmer cette thèse.

Telle paraît avoir été l'intention du législateur puisque Faure, dans son exposé des motifs au corps législatif s'exprimait en ces termes : « L'adultère de la femme est un délit plus grand, parce qu'il entraîne des conséquences plus graves, et qu'il peut faire entrer dans la famille un enfant qui n'appartient point à celui que la loi regarde comme le père (2). »

(1) *Rej.* 12 mai 1885, *S.* 1886-1-16.

(2) *R. D. J. G.*, Adultère § 1, note 1.

Cf. parmi les auteurs dont les œuvres ont eu une influence considérable sur le XVIII^e siècle : MONTESQUIEU : *Esprit des Lois* (livre XXVI, chap. VIII). « Les lois ont demandé des femmes un degré de retenue et de continence qu'elles n'exigent pas des hommes, parce que... la nature a marqué l'infidélité des femmes par des signes certains, et que les enfants adultérins de la femme sont nécessairement au mari, au lieu que les enfants adultérins de l'homme ne sont pas à la femme ni à la charge du mari. » Et J.-J. ROUSSEAU (*Émile*, t. III, livre V, édit. de Genève, p. 292). « Sans doute il n'est permis à personne de violer sa foi... mais la femme infidèle fait plus ; elle dissout la famille et brise tous les liens de la nature des enfants qui ne sont pas au mari ; elle trahit les uns et les autres ; elle joint la perfidie à l'infidélité. »

On entrevoit déjà, dans ce texte, que, si les auteurs du Code pénal ont entendu sanctionner un acte qui peut introduire dans la famille des enfants adultérins, ils ont eu d'autres préoccupations. Ils sont en effet allés plus loin.

S'il en avait été différemment, l'homme marié qui aurait commis un adultère avec une célibataire serait toujours resté impuni.

La possibilité de procréer aurait constitué un élément du délit et l'on serait arrivé à l'impunité dans tous les cas où la conception n'aurait pu avoir lieu. Sans tenir compte des moyens anticonceptionnels, dont la diffusion constitue d'ailleurs un délit, il n'aurait pas été permis de poursuivre les délinquants si l'une des parties s'était trouvée dans l'impossibilité d'avoir des enfants : impuissance, stérilité, âge, grossesse de la femme, etc...

Sans doute pourrait-on répliquer que le législateur s'est toujours opposé à la preuve de l'impuissance ou de la stérilité, et qu'il n'avait, en l'occurrence, aucune raison pour adopter une règle différente. Il n'en reste pas moins vrai que l'objection persiste pour les autres cas.

Si la femme se rend coupable du délit après la dissolution du mariage, elle est impunie. Il en est ainsi, même si elle accouche dans le délai de trois cents jours qui suit la dissolution du mariage, alors que la présomption de paternité continue à jouer et qu'un enfant adultérin vient prendre place dans la famille.

La fin de non recevoir tirée de ce que le mari a entretenu une concubine au domicile conjugal ne se justifierait pas si la répression de l'adultère punissait seulement les infractions qui peuvent troubler la filiation dans la famille. Le législateur, en édictant cette fin de non recevoir a marqué qu'il existe, entre la faute commise par le mari et la faute commise par la femme une certaine identité. S'il avait voulu sanctionner le risque d'introduire un enfant adultérin dans

la famille il n'aurait pas fait de la faute du mari une sorte de compensation.

Tous ces faits nous permettent de penser que la différence de traitements entre la femme et l'homme coupables ne réside pas, en totalité, dans la différence de gravité de leurs actes, dont les conséquences ne sont pas identiques.

En nous reportant à l'aperçu historique que nous avons tracé au début de ce chapitre, nous constatons que, sous l'Ancien Régime, l'homme est, en fait, resté impuni lorsqu'il trompait sa femme. Celle-ci était d'ailleurs considérée comme l'inférieure de son mari, seigneur et maître.

Après la Révolution, les principes égalitaires survivant, dans une certaine mesure, on voulut réprimer à la fois le délit commis par le mari et celui commis par la femme. Pour celle-ci l'intention du législateur ne fut pas tant de sanctionner le manque de fidélité du conjoint que de permettre à l'épouse outragée de « soustraire à ses regards la présence et le triomphe de sa rivale ».

Dans l'état actuel de la jurisprudence cette intention du législateur semble avoir été perdue de vue et la Cour de Cassation interprète de façon extensive la notion de domicile conjugal. Si un mari infidèle loue un appartement meublé à sa maîtresse, dans une ville différente de celle où habite son épouse et que cette dernière, après de longues et laborieuses recherches arrive à connaître le repaire où son mari rejoint sa rivale quelques heures par semaine, l'épouse n'en sera pas moins fondée à porter plainte contre son mari et à le faire condamner (1).

(1) Cf. la nombreuse jurisprudence rapportée dans l'ouvrage de M. H. FAUCHER : *Le domicile conjugal dans l'entretien de concubine*, Paris 1939.

Pouvoirs de l'époux outragé

Nous avons vu que l'époux outragé était, en matière civile, juge de l'infidélité de son conjoint et que, s'il pouvait se plaindre de la conduite de celui-ci pour introduire une action en divorce, en séparation de corps ou en désaveu de paternité, des tiers ne pouvaient, en règle générale, prendre une telle initiative à sa place.

Il en est de même en matière d'adultère.

La loi, qui ne reconnaît plus l'existence de délits privés, a consacré l'intérêt primordial de l'époux outragé par des règles dérogoires au droit commun qu'il y a lieu d'examiner.

L'article 336 du Code pénal précise que l'adultère de la femme « ne pourra être dénoncé que par le mari ». L'article 339 contient une disposition analogue visant l'entretien de concubine au domicile conjugal.

Les auteurs discutent sur les motifs qui justifient ces dispositions. Les uns prétendent que les époux sont seuls « intéressés à réclamer contre l'infidélité de leur conjoint (1) ». Les autres, en majorité, soutiennent que cette règle, survivance de l'ancienne maxime « *maritus genitalis thori solus vindex* » est motivée par des raisons d'opportunité. S'il est exact, écrivent-ils, que l'époux est le premier blessé par le fait d'adultère, il en est ainsi pour tous les délits où la victime est la principale intéressée. L'adultère porte atteinte à la morale et à l'ordre public. Comme le font remarquer Chauveau et Hélie dans leur théorie du Code pénal « la loi n'établit point de peine en faveur du mari, mais en faveur de la société (2) ».

Si le législateur a fixé la règle que l'action publique ne peut s'exercer sans une plainte préalable de l'époux outragé,

(1) Conformément à l'opinion émise dans l'exposé des motifs au corps législatif.

(2) T. 6, p. 216.

c'est parce qu'il a pensé que, dans l'intérêt des familles, il était préférable de ne pas dévoiler un scandale que la victime préférerait voir rester caché.

Notons que, s'il faut une plainte pour déclancher des poursuites, il n'est pas nécessaire que le plaignant se constitue partie civile. Si les Parquets exigent l'accomplissement de cette formalité ils le font pour des raisons d'ordre pratique et non juridique (1).

L'époux outragé peut donc, à sa guise, déclancher la poursuite contre son conjoint coupable, ou, au contraire, laisser celui-ci impuni.

Son action ne se limite pas là.

Nous savons qu'en droit civil la réconciliation des époux constitue une fin de non recevoir à l'action en divorce ou en séparation de corps (2). Il en va de même en matière d'adultère. Si, après avoir déposé sa plainte, le mari s'en désiste, la poursuite ne pourra être continuée d'office par le Ministère Public (3).

Ce désistement peut être exprès ou tacite.

Exprès, il n'est soumis à aucune forme. Un retrait de plainte dans un procès-verbal de gendarmerie, une déclaration devant le Juge d'Instruction ou à l'audience, voire à notre avis, une simple lettre missive ou les dépositions de personnes qui en auraient été témoins suffirent pour l'établir.

Tacite, il résulte de la réconciliation des époux, et la question de savoir s'il a existé ou non peut-être parfois

(1) Obliger les parties à réfléchir avant d'engager des poursuites. Intérêt de la victime primant l'ordre public. Éviter que des frais exposés sur la plainte de l'intéressé restent à la charge de l'État à la suite d'un désistement.

Nous avons effectué des recherches pour découvrir quelle pouvait être l'origine de la pratique des Parquets. Nous n'avons trouvé trace d'aucune circulaire suggérant cette façon d'agir et seuls certains ouvrages récents (*La Pratique des Parquets*, de DERANSART, par exemple) y font allusion.

(2) Art. 244 du Code Civil.

(3) Cass., 30 juillet 1885 ; D. P., 86-1-428 ; B., 235, p. 380. Ce désistement constitue une fin de non recevoir contre la plainte du mari. Le complice de la femme peut, comme cette dernière s'en prévaloir. *Rej.*, 9 février 1839 ; *Liauzu B.*, 45.

assez épineuse à trancher. Le Tribunal appréciera en cas de difficultés.

Souvent la réconciliation sera démontrée par la réunion des époux après la plainte. Il est certain que lorsque l'un d'eux, instruit de l'infidélité de son conjoint, a encore des relations intimes avec lui, aucune poursuite n'est plus possible (1). Par contre, le fait de la continuation de la cohabitation des époux sous le même toit n'établit pas qu'ils se soient réconciliés (2). Mais, si la femme outragée, autorisée à résider seule, retourne au domicile conjugal, les juges pourront déduire de cette circonstance qu'elle a pardonné la faute du mari.

Peu importe au surplus la durée de la réconciliation ; même passagère, elle constitue la fin de non recevoir (3).

La question de savoir si la connivence ou la complicité du mari constituait ou non une autre fin de non recevoir au délit a fait l'objet de multiples controverses. Parmi les auteurs favorables à la première thèse nous citerons Mangin et Bedel, parmi les autres Chauveau et Hélie (4) et Garçon. Nous nous rangerons à l'avis de ces derniers. Le devoir de fidélité est une obligation d'ordre public, si l'on ne peut poursuivre le mari pour proxénétisme ou pour complicité d'adultère, ce n'est point une raison pour laisser impuni un délit qui porte atteinte à la morale publique. Aucun texte du Code pénal ne fournit d'ailleurs un début de justification à la solution opposée.

Cependant, en pratique, l'absence d'une plainte du mari et le fait que celui-ci continue à entretenir des relations sexuelles avec l'épouse infidèle mettront souvent obstacle à des poursuites.

(1) R. J. G. D., V^o Adultère, n^o 81 ; Toulouse, 6 décembre 1838, R. J. G. D., V^o Adultère, n^o 45.

(2) Il en était autrement en Droit romain. Bordeaux, 9 fructidor, an XII, Rej., 4 avril 1808.

(3) Cass., 8 décembre 1832 ; F. Geiger B., 481.

(4) T. 6, p. 249.

La réconciliation des époux produit encore des effets après le jugement de condamnation et le mari peut arrêter le cours de la peine prononcée tant que le jugement n'est pas définitif (1). Après cette date, il pourra encore empêcher l'exécution de la condamnation en consentant à reprendre son épouse, car le simple désistement serait alors inopérant (2).

Conclusion

Il nous faut maintenant essayer de conclure. Nous le ferons en notant que, depuis un siècle et demi, la sévérité de la répression de l'adultère n'a cessé de s'amenuiser (3). Les chiffres publiés à la statistique criminelle sont des plus évocateurs :

(1) Cass., 8 août 1867 ; B., 183, p. 304.

(2) Cette remise de peine ne profitera pas au complice. Rej., 1^{er} mai 1891 ; B., 101, p. 175.

(3) Nous avons recherché dans les archives d'un tribunal pour savoir, si, durant le xix^e siècle, la gravité des affaires poursuivies compensait leur petit nombre et la sévérité des sanctions prononcées.

Les dossiers que nous avons examinés montrent que les poursuites pour adultère intentées en 1840, en 1890 ou en 1940 sont toutes basées sur des faits analogues.

Voici, à titre d'exemples deux affaires jugées : la première en 1845, la seconde en 1855, qui permettront d'apprécier l'évolution de la répression.

Première affaire. — Le 10 septembre 1845, un Sieur Charles P..., qui, depuis longtemps, avait des doutes sur la fidélité de sa femme, surprit celle-ci avec son amant, un nommé Louis R..., dans des circonstances qui lui parurent suspectes. Furieux, il se jeta sur son rival, le frappa de plusieurs coups de couteau et déposa une plainte pour adultère et complicité.

(Nous pouvons avoir une idée de la gravité des blessures, puisque, à la date du 31 octobre 1845, le Procureur du Roi s'inquiéta de l'état de santé de R... Le Commissaire de Police de la ville répondit à la demande de renseignements qui lui fut adressée que le blessé avait repris son travail depuis quelques jours.)

La femme, qui était mère de famille, fut mise sous mandat dès le 13 septembre. Lors de son arrestation elle proclama son amour pour R... Voici la relation faite par le Maire au Procureur du Roi : « La femme P... en passant devant la mairie a dit ceci au moment de son arrestation : ils ont beau me regarder, je l'aimerai toujours !

ANNÉES	NOMBRE D'AFFAIRES	NOMBRE DE PRÉVENUS	ACQUITTE- MENTS	PEINES D'EMPRISONNEMENT		AMENDES	OBSERVATIONS
				Plus d'un an	Moins d'un an		
1826	49	86	24	15	45	2	
1827	57	91	35	17	38	1	
1837	78	130	42	5	77	6	
1847	195	327	73	13	196	45	
1857	326	616	82	29	397	108	
1867	374	700	71	25	456	148	
1877	429	820	60	15	610	135	
1883	376	711	55	8	484	164	
1884	668	1.274	120	5	809	340	
1885	851	1.601	124	2	972	503	
1887	921	1.726	133		966	627	
1895	1.021	1.966	125	1	799	1.041	Année du rétablis- sment du di- vorce.
1907	1.142	2.203	128		917	1.045	
1919	1.887	3.677	205		435	3.037	
1927	1.206	2.382	103		32	2.234	Aucune peine à plus de 3 mois.
1934	1.413	2.795	160		17	2.618	

A l'augmentation du nombre des délinquants a correspondu une diminution corrélative de la sévérité de la répression. La peine d'emprisonnement n'est presque jamais prononcée, le quantum de l'amende infligée diminue chaque jour. Mari ou épouse infidèle sont condamnés indistinctement à 25 francs d'amende (1).

Conséquence sans doute du relâchement des mœurs auquel nous avons eu l'occasion de faire allusion en étudiant la bigamie.

Conséquence encore de la facilité toujours croissante avec laquelle les Tribunaux accordent le divorce.

Il est curieux de constater que c'est dans les milieux où le divorce est le plus à l'honneur que l'on trouve le plus grand nombre de poursuites pour adultère.

Cet état de la jurisprudence montre que la législation relative à ce délit a besoin d'une réforme. Il est inutile de laisser dans le Code le minimum de trois mois d'emprisonnement comme peine encourue par la femme coupable alors que les Tribunaux n'atteignent jamais ce minimum,

« Et dans le cachot quand on lui retirait son couteau : ne craignez rien, je ne me ferai pas de mal, j'aime mon enfant autant que lui, puisqu'on dit que c'est lui qui l'a fait.

« Je voudrais mourir avec lui, laissez-le moi voir encore une fois pour l'embrasser. »

Le 29 novembre suivant, les deux délinquants comparurent devant le Tribunal correctionnel qui condamna la femme à quatre mois d'emprisonnement et l'amant à quinze jours de la même peine (*).

(*) Le mari ne fut pas poursuivi pour blessures volontaires.

Deuxième affaire. — Le 5 janvier 1885, le nommé Cyrille G... déposa une plainte contre sa femme qui vivait en concubinage avec un Sieur Charles B...

Les gendarmes se rendirent au domicile de celui-ci le 6 janvier au matin et trouvèrent la femme Joséphine G... et son amant couchés dans la même chambre.

Les coupables furent poursuivis par voie de citation directe et condamnés le 10 février 1885 à six jours d'emprisonnement chacun.

(1) Ce qui, en valeur absolue, compte tenu des décimes, est bien inférieur à la valeur des 16 francs d'amende de 1804 qui constituaient la peine minimum du Code pénal pour les délits.

infligent en général une peine d'amende et accordent parfois le sursis.

La différence de traitement entre le mari et l'épouse adultères, qui s'expliquait en 1810 par la survivance d'anciennes traditions, ne se justifie plus en droit moderne.

Le devoir des conjoints est identique, la sanction doit l'être aussi (1).

Les législations étrangères qui ont adopté ce principe nous paraissent l'avoir fait avec raison (2). Si certaines législations ne sanctionnent plus l'adultère que civilement (3) ce n'est point dans une voie semblable qu'il convient de s'orienter (4). Les manquements au devoir de fidélité blessent la morale publique et une répression pénale, en harmonie avec les mœurs actuelles, unique, quel que soit le coupable, nous paraît souhaitable. Telle est d'ailleurs la voie dans laquelle se sont engagés les auteurs du projet de Code pénal français de 1934.

(1) GARRAUD : t. 4, p. 534, note 4 est d'un avis contraire qu'il ne justifie d'ailleurs par aucun argument.

(2) Cf. l'article 239 du Code pénal de Chine.

Le Code pénal ottoman entre autres nous paraît avoir adopté diverses solutions heureuses :

1° Les peines encourues par le mari et par la femme sont les mêmes.

2° Le complice de la femme adultère est puni plus sévèrement s'il est marié que s'il est célibataire.

3° Le délit d'adultère commis par le mari est punissable sans qu'il y ait habitude.

(Les délits contre les mœurs en droit pénal Libano-Syrien. *Revue Internationale de Droit pénal*, 1934, p. 386.)

(3) Dont les législations anglaise, polonaise, danoise et celle de l'U. R. S. S.

(4) Contra Bouché, *op. cit.* p. 330.

DEVOIR DE SECOURS ET D'ASSISTANCE ABANDON DE FAMILLE

Dans son énumération des devoirs entre époux, l'article 212 du Code civil fait succéder au devoir de fidélité celui de secours et d'assistance.

L'article 214 précise que « le mari est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de sa vie selon ses facultés et son état ».

Ces textes donnent naissance, au profit des conjoints, à des obligations que la doctrine et la jurisprudence (1) qualifient d'obligations alimentaires entre époux.

Nous rechercherons tout d'abord leurs caractères en droit civil, puis leurs sanctions en droit civil et en droit pénal.

Devoir de secours et d'assistance. —

Caractère et étendue

Sur les devoirs de secours et d'assistance, Demolombe écrit (2) : « Les époux se doivent *secours* : de là entre eux l'obligation alimentaire... il s'agit de l'obligation de chacun des époux de nourrir et d'entretenir son conjoint lorsqu'il est dans le besoin... »

« Les époux se doivent *assistance* : c'est-à-dire non pas seulement des secours en argent, des moyens pécuniaires d'existence, mais encore ces attentions, ces soins, cette assistance enfin, qui ne s'acquittent qu'en personne. »

(1) Cf. l'étude approfondie de la doctrine et la jurisprudence civiles dans la *Thèse* de M^{lle} GINESTOUS, p. 28-102 et 113-124.

(2) *Cours de Droit civil, op. cit.*, t. 4, n^{os} 84 et 85, p. 108 et 109.

Ainsi, les obligations imposées par les articles 212 et 214 du Code civil revêtent-elles un caractère très large dans leur application. Nous allons essayer d'en esquisser les limites d'après la jurisprudence.

Elles comprennent, avant tout, le devoir d'assurer la subsistance matérielle du conjoint dans le besoin, c'est-à-dire la fourniture de la nourriture, du gîte, de l'habillement, du chauffage, des soins médicaux, etc...

Tels sont d'ailleurs les éléments qui entrent en ligne de compte pour l'évaluation du quantum de toutes les pensions alimentaires.

Mais il n'est pas douteux que le législateur ait voulu plus encore pour la dette entre époux.

Ainsi, le devoir d'assistance s'exercera-t-il, à la fois, sur le plan matériel et sur le plan moral dans toutes les circonstances de la vie commune. Il est difficile de déterminer avec exactitude l'étendue de l'assistance morale, mais, elle aussi se manifestera chaque fois qu'elle sera nécessaire à l'un des conjoints.

Les auteurs du Code civil ont entendu, à n'en pas douter, englober dans la formule de l'article 212 tous les devoirs que les moralistes mettent à la charge des gens mariés.

A diverses reprises, on a proposé de faire entrer la survenance d'une maladie incurable dans les faits pouvant motiver une demande en divorce. Cette réforme a toujours été repoussée. Il nous paraît en effet que l'éventualité d'une telle maladie a été entrevue par le législateur et qu'il l'a considérée comme un cas où l'obligation d'assistance doit trouver son application (1). Adopter une solution différente eut été aller contre ses intentions.

Les devoirs de secours et d'assistance s'imposent dans

(1) Cf. Cour de Douai, 28 décembre 1932 ; S. 33-2-108.

la mesure respective des ressources du débiteur et des besoins du créancier. Il convient en conséquence de tenir compte de tous éléments utiles pour déterminer l'importance de ceux-ci : revenus, rang social, etc... Là encore, les principes généraux sur l'obligation alimentaire sont applicables.

Pendant la cohabitation des époux, les obligations fixées par les articles 212 et 214 du Code civil sont en général remplies et les actions judiciaires auxquelles elles donnent naissance sont exceptionnelles. Cependant, il a été jugé : que la femme avait droit à un logement convenable, à un entretien conforme à sa position sociale (1)...

Ces décisions prouvent que certaines difficultés peuvent se présenter lorsque les conjoints vivent ensemble.

Au cas où les époux se séparent, elles augmentent.

Si la séparation est volontaire, qu'elle soit motivée par des nécessités pratiques ou par une incompatibilité de caractère, elle laisse persister les devoirs de secours et d'assistance (2).

Si la femme quitte le domicile conjugal contre le gré de son mari, elle perd, en principe (3), son droit aux aliments (4). Il n'en va pas de même, lorsque, en vertu des dispositions de la loi de février 1938, elle a été autorisée à résider hors du domicile conjugal.

C'est surtout au jour où les époux forment une demande en divorce ou en séparation de corps que les difficultés se

(1) C. de Paris, 3 octobre 1810 ; R. J. G. D., V^o Mariage, n^o 749, note 2. C. Pau, 15 février 1839 ; R. J. G. D., V^o Mariage, n^o 749, note 3. C. Liège, 20 janvier 1841 ; R. J. G. D., V^o Mariage, n^o 750, note 3. Nouveau Code civil Dalloz, art. 212, n^o 13.

(2) Req. Cass., 24 mars 1818 ; R. J. G. D., V^o Mariage, n^o 754, note 2.

(3) Cependant, si la femme ne peut habiter en sécurité avec son mari, celui-ci n'a pas le droit de lui refuser des aliments sous le prétexte qu'elle ne veut pas vivre avec lui. C. Montpellier, 23 décembre 1830 ; R. J. G. D., V^o Mariage, n^o 668, note 1.

(4) Colmar, 10 juillet 1833 ; Trib. Civ. Angoulême, 30 mai 1864 ; D. P., 64-3-45 et C. de Paris, 22 janvier 1887 ; D. P. 90-1-340.

multiplient. Dès l'ordonnance de non conciliation le Président du Tribunal fixe le montant de la pension alimentaire qui est modifiée en cours d'instance s'il y a lieu.

L'obligation existant aussi longtemps que dure le mariage, le jugement qui prononce la séparation de corps fixe la mesure dans laquelle l'époux dont les ressources sont les plus élevées subviendra désormais aux besoins de son conjoint.

En cas de divorce, les liens du mariage sont rompus et les articles 212 et 214 ne sont plus applicables. Par contre, l'article 301 du Code civil dispose que le Tribunal peut accorder à l'époux qui a obtenu le divorce « sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire, qui ne pourra excéder le tiers des revenus de cet autre époux ». Le fondement de cette pension est très discuté : les uns y voient une survivance du devoir de secours, les autres une allocation pure et simple de dommages-intérêts (1).

Sanctions civiles des devoirs de secours et d'assistance

Lorsque l'un des époux vient à manquer aux devoirs imposés par les articles 212 et 214 du Code civil, son conjoint a la faculté de s'adresser aux Tribunaux pour réclamer des sanctions.

S'il s'agit d'une infraction aux devoirs matériels de secours, la victime peut, soit arguer de ce fait pour introduire une action en divorce ou en séparation de corps, soit demander la condamnation de l'époux coupable au paiement d'une pension destinée à subvenir à ses besoins. Une procédure, à la fois simple et rapide, prévue par la loi du

(1) Nous n'abordons pas ici cette discussion sur laquelle nous reviendrons au cours du chapitre.

13 juillet 1907, permet à la femme abandonnée par son mari de toucher directement une partie des salaires de celui-ci.

Mais, si les devoirs matériels et moraux d'assistance sont violés, la victime n'a d'autre ressource que de demander la séparation de corps ou le divorce (1). Moyen fâcheux, qui fait affranchir de ses obligations celui que l'on poursuit pour ne pas les respecter (2) !...

L'exécution d'une condamnation pécuniaire n'est pas toujours facile. En présence d'un débiteur de mauvaise foi, qui ne veut pas payer et se rend insolvable, elle devient souvent impossible. Une telle situation se révèle d'autant plus regrettable que la dette alimentaire présente un caractère de première nécessité.

Pour y remédier, une loi est intervenue en 1924 ; elle frappe de peines correctionnelles celui qui, volontairement, s'abstient de payer une pension alimentaire.

Nous allons étudier la répression pénale de ce délit d'abandon de famille.

Historique et législation comparée

Dans la législation du Code pénal, aucune disposition ne prévoyait de sanction à l'abandon matériel ou moral d'un conjoint par l'autre et la poursuite de cette infraction est une mesure d'origine récente.

En Amérique, à la fin du XIX^e siècle, le mari qui ne subvenait pas à l'entretien de sa femme légitime était puni dans certains États.

Il en était ainsi dans les États de Massachussets (loi du 1^{er} avril 1885), de New-York (lois du 3 mars 1903,

(1) BAUDRY LACANTINERIE et HOUQUES FOURCADE : *op. cit.*, t. 3, n° 2.125.

(2) M. Marcel NAST : *Vers l'Union libre ou le crépuscule du mariage légal*. Chronique au D. H., du 19 mai 1938.

20 avril 1904, 3 avril 1905), de Californie (loi du 3 mars 1907) et dans le district de Columbia (loi du 23 mars 1906).

A la même époque, en Europe, divers pays : Allemagne, Autriche, Norvège, Suisse (1), adoptèrent des dispositions analogues.

En France, moralistes et juristes s'émurent de la situation dans laquelle se trouvaient les enfants abandonnés par leurs parents et les femmes délaissées par leurs conjoints (2).

En 1914, Garçon et Tissier proposèrent un ensemble de textes destinés à mettre un frein à de semblables agissements (3). Nous en extrairons les passages suivants qui intéressent les rapports entre conjoints.

« L'époux qui, sans motif légitime, aura abandonné (4) son conjoint sera puni d'une peine de trois mois à un an de prison et d'une amende de 50 à 5.000 francs et pourra, en outre, être privé de tout ou partie des droits mentionnés par l'article 42 du Code pénal, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus.

Neuf années plus tard, l'Union fraternelle des Femmes donna une impulsion nouvelle à ce mouvement ; elle codifia ses revendications, et, le 20 février 1923, M. Louis Marin déposa une proposition de loi, tendant à réprimer le délit d'abandon de famille (5). Un an après, le 7 février 1924, un texte fut voté.

Il prévoyait que toute personne qui resterait volontairement plus de trois mois sans acquitter le montant de la pension alimentaire à laquelle elle avait été condamnée serait passible d'une peine de trois mois à un an d'empri-

(1) Cf. *Revue Internationale de Droit pénal*. Année 1934, p. 113 et suiv.

(2) Lucien HUBERTY : *L'abandon de famille*, p. 17 et suiv.

(3) *Revue pénitentiaire et de Droit pénal*, 1914, p. 600.

(4) Notons le terme très large de cette proposition, œuvre de M. Garçon, qui permettait de poursuivre, sans délai, l'inexécution des obligations de secours et d'assistance et l'abandon injustifié du domicile conjugal.

(5) Chambre des Députés. Annexe au procès-verbal de la séance du 20 février 1923, n° 5.619.

sonnement ou d'une amende de 100 à 2.000 francs. L'emprisonnement devenait obligatoire en cas de récidive.

Cependant, l'expérience ne tarda pas à montrer les imperfections de la législation nouvelle. On s'aperçut par exemple que l'expression « condamné » visant le débiteur était impropre lorsque la décision allouant les aliments était rendue en vertu de la loi du 13 juillet 1907. En outre, la pratique révéla que la convocation devant le Juge de Paix était une complication qui entraînait des lenteurs nuisibles à la bonne marche des affaires.

C'est pourquoi, dès le 7 avril 1925, M. Louis Marin déposa un nouveau projet de loi. Celui-ci aboutit le 3 avril 1928 au texte encore en vigueur.

Nous allons l'étudier dans sa partie qui intéresse la sanction des devoirs de secours et d'assistance entre conjoints.

Éléments du délit

L'abandon de famille peut se définir l'abstention volontaire, pendant plus de trois mois, de payer une pension alimentaire allouée par une décision judiciaire, en vertu d'une obligation de famille.

Ce délit, pour être établi, doit réunir les quatre éléments suivants : 1^o Défaut de paiement du débiteur ; 2^o Mauvaise foi du débiteur ; 3^o Carence du débiteur pendant un temps minimum de trois mois ; 4^o Créance alimentaire, fondée sur un devoir de famille, dont le montant est fixé par une décision de justice.

Avant d'examiner de façon plus détaillée le délit d'abandon de famille, rappelons que la créance d'aliments présente, en droit civil français, certains caractères particuliers sur lesquels nous aurons à revenir.

Défaut de paiement. — Le non paiement des sommes dues en vertu d'une décision de justice pour la nourriture et l'entretien du conjoint constitue l'abandon de famille. La jurisprudence lui assimile le non versement de la différence au cas de paiement partiel (1).

Le principe de l'insaisissabilité des pensions alimentaires, posé par l'article 581 du Code de procédure civile, entraîne l'impossibilité d'une compensation des termes à leur échéance avec une autre dette (2). Il n'en est pas de même s'il s'agit d'arrérages.

Cours et Tribunaux jugent donc que la compensation ne s'opère pas entre la pension due par le mari à sa femme et les sommes dues par celle-ci à son mari (3). Par contre, si le débiteur se trouve avoir payé des sommes supérieures à celles qu'il devait, par exemple à la suite d'une réduction de la pension, la compensation justifiée avec des arrérages peut être retenue comme exclusive de l'abandon de famille (4).

A défaut de règlement amiable par les conjoints eux-mêmes des devoirs de secours et d'assistance, les juges allouent une pension payable en argent. La dette qui en résulte se règle alors en espèces et non en nature. Sauf au cas d'accord entre les parties, elle ne peut pas faire l'objet d'une dation en paiement.

Aussi la Cour de Cassation a-t-elle décidé (5) qu'il n'y a pas lieu de « rechercher si le rendement du fonds de commerce abandonné » à la femme équivaut au paiement de la pension.

(1) Rej., 31-3-1926 ; *Gaz. Pal.*, 1926-2-115 ; Rej., 26 novembre 1932 ; *Gaz. Pal.*, 1933-1-221 ; Sirey, 1934-1-197.

(2) Bordeaux, 17 mars 1891 ; D. P., 91-2-179.

(3) Trib. Cor. Seine, 22 décembre 1933 ; *Gaz. Pal.*, 1934-1-238 ; Rej., 30 juillet 1931 ; *Gaz. Pal.*, 1931-2-530 ; Sirey, 1933-1-76 ; B. 223, p. 420 ; Trib. Cor. Rochefort, 11 mars 1926 ; *Gaz. Pal.*, 1926-2-157.

(4) Rej., 9 novembre 1934 ; *Gaz. Pal.*, 1934-2-787 ; D. H., 1934-573 ; Alger, 16 janvier 1933 ; Sirey, 1934-2-13 ; D. H., 1933-210.

(5) Rej., 21 février 1925, B. 68, p. 123.

Nous venons de voir que l'exécution de l'obligation alimentaire, fixée par une décision de justice, doit se faire en numéraire, et que, faute d'agir ainsi, le débiteur risque d'être poursuivi. Une dérogation est admise à ce principe lorsque la femme continue à cohabiter avec son mari qui l'entretient et la nourrit. Il est évident que, dans cette hypothèse, l'exécution en nature de l'obligation alimentaire dispense d'exécuter la condamnation pécuniaire et qu'il n'y a plus de base à la répression (1).

Nous pouvons remarquer que les juridictions pénales ont souvent l'occasion d'appliquer les règles du droit privé lors des poursuites pour abandon de famille. Il s'en suit que les répressions civile et pénale des manquements au devoir de secours et d'assistance présentent de nombreux caractères communs sur lesquels nous aurons à revenir au cours de ce chapitre.

Intention du débiteur. — Pour que le fait matériel du non paiement puisse être reproché au prévenu, il faut qu'il s'y ajoute un élément intentionnel : la mauvaise foi de celui-ci.

Il n'est pas indispensable que le débiteur veuille nuire à son créancier en ne payant pas, il suffit qu'il s'abstienne volontairement d'effectuer les versements auxquels il a été condamné (2).

Cette volonté du débiteur n'existe pas tant qu'il n'a pas eu connaissance du jugement civil rendu contre lui (3)

(1) Trib. Corbeil, 13 novembre 1929 ; *Gaz. Pal.*, 1930-1-136.

(2) Il s'agit donc d'un *dolus generalis*, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait un *dolus specialis*.

(3) C'est la raison pour laquelle des Cours et Tribunaux exigeaient la mise en demeure du débiteur avant les poursuites, tout en se montrant assez larges sur les modalités de cette formalité. (Trib. Cor. de Saint-Étienne, 12 octobre 1932 ; *Gaz. Pal.*, 1932-2-819 ; Trib. Cor. de Gap, 10 octobre 1935 ; *Gaz. Pal.*, 1935-2-960.) Mais la Cour de Cassation, par un arrêt du 17 février 1938 a décidé que le Tribunal n'a pas à constater une mise en demeure que la loi n'exigeait pas (B., 46, p. 80 ; *Gaz. Pal.*, 1938-1-564 ; D. H., 1938-244).

et, si cette décision n'est pas contradictoire, elle doit lui être signifiée pour que son abstention revête un caractère délictueux (1).

De même, l'intention fait défaut lorsque la femme a pris, pour sauvegarder ses droits, des mesures qui réduisent les moyens d'existence du débiteur à des ressources à peine suffisantes pour le faire vivre (2).

Par contre, les charges occasionnées par le remboursement de la dot ne justifient pas un défaut de versement de la pension alimentaire (3), alors surtout que des délais de grâce peuvent être accordés à l'ex-mari.

Bien que les créances alimentaires soient susceptibles d'être modifiées lorsque les besoins et les ressources des parties viennent à changer et qu'ainsi le débiteur ait toujours la possibilité de faire réduire sa dette, les juridictions répressives doivent tenir compte des circonstances intervenues depuis le jugement qui fixe le montant de la pension ; elles peuvent admettre « l'excuse de nécessité (4) » et relaxer le prévenu lorsqu'il a fait des paiements partiels justificatifs de sa bonne foi (5).

Il en serait autrement si le débiteur s'était, à dessein, rendu insolvable (6), ou même, d'après certains auteurs, s'il s'était mis, par sa faute, dans l'impossibilité de payer (7).

(1) *Rej.*, 12 novembre 1936 ; *B.*, 116, p. 233.

(2) *Paris*, 11 avril 1932 ; *Gaz. Pal.*, 1932-2-270.

(3) *Trib. Cor. de la Seine*, 12 février 1925 ; *Gaz. Pal.*, 1925-1-619.

(4) *SAILLARD* : *De l'abandon de famille*, n° 87, p. 39.

(5) *Rej.* 7 juillet 1932 ; *B.*, 173, p. 328.

(6) *Cass. Crim.*, 30 mars 1939 ; *D. H.*, 1939, p. 293.

(7) *SAILLARD* : *De l'abandon de famille*, n° 87, p. 39 ; *F. GOYET* : Le délit d'abandon de famille après la loi du 3 avril 1928. *Les lois nouvelles*, 15 avril 1928, p. 293, en note ; *H. G. J. MASS GESSTERANUS* : Le délit d'abandon de famille. *Revue internationale de Droit privé*, année 1934, p. 113. *Contra* : *M. HUGUENEY* dans une note à la *Revue de Science criminelle*, 1939, p. 511 écrit : « Elle ne joue pas, d'après l'opinion générale, lorsque l'insolvabilité serait due à la faute du débiteur à l'inconduite habituelle, à la paresse, à l'ivrognerie. » (Voir sur ce point *M. BOUZAT* dans le rapport à la *Semaine Internationale de Droit* de 1937, sur l'abandon de famille, p. 79.) *HUBERTY* : *op. cit.*, p. 86 ; *LABEDA* : *op. cit.*, p. 66 ; *CASANOVA* : *op. cit.*, p. 83.

Pour motiver le jugement de condamnation, il faut mentionner le caractère intentionnel de la carence, sans qu'il soit pour cela nécessaire de préciser les faits qui établissent la mauvaise foi du délinquant.

Durée de l'abstention. — Le devoir d'assistance entre conjoints trouve son application immédiate en cas de besoin, aussi, en droit civil, une procédure rapide est-elle à la disposition des conjoints pour leur assurer des aliments (1) et les décisions rendues en matière de pension alimentaire peuvent-elles, en vertu de l'article 135-7° du Code de procédure civile être assorties de l'exécution provisoire.

En droit pénal, cependant, les auteurs de la loi du 7 février 1924, n'ont pas tenu compte de ce caractère d'urgence ; ils ont décidé que des poursuites ne pourraient être engagées qu'après un non paiement volontaire de la pension pendant un délai minimum de trois mois.

Deux interprétations ont été données à la loi. Selon la première, il est indispensable que les trois mois durant lesquels il n'est rien payé soient consécutifs. Selon la deuxième, il suffit que la somme des retards dépasse trois mois. Cette dernière interprétation est celle adoptée par la jurisprudence (2) ; elle s'impose et correspond bien à ce qu'a voulu le législateur (3). Si elle n'était pas admise, celui qui payerait par trimestre ce qu'il doit payer par mois ou par semaine ne serait jamais poursuivi.

Décision judiciaire fondée sur un devoir de famille. — Pour que le délit d'abandon de famille soit caractérisé,

(1) Les demandes de pensions alimentaires ne sont cependant pas rangées, en général, comme matières sommaires. Req., 26 juillet 1865 ; D. P., 65-1-495. Par contre, les demandes de provisions alimentaires le sont.

(2) Cass., 31 mars 1926 ; B., 108, p. 200.

(3) Cf. les travaux préparatoires rapportés dans son ouvrage (*op. cit.*), par SAILLARD, n° 80-81-82-83.

il faut que l'obligation alimentaire invoquée contre le débiteur soit fondée « sur un devoir de famille (1) » et fixée par une décision judiciaire.

Se trouvent donc écartés : les jugements allouant une pension alimentaire à titre de dommages-intérêts, par exemple une décision qui, par application de l'article 1382 du Code civil, accorde des aliments à une fille mère, en réparation de la séduction dont elle a été victime (2) ; les transactions (3) réglant à l'amiable l'obligation d'assistance entre époux, les jugements rendus à l'étranger et n'ayant pas obtenu l'exequatur (4).

Nous allons examiner maintenant les différentes décisions qui remplissent les conditions imposées pour servir de base à une action en abandon de famille. Elles ont été énumérées par la loi de 1928 :

« Sera tenue pour coupable d'abandon de famille... toute personne qui, au mépris d'une décision rendue contre elle en vertu de l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907, ou en méconnaissance d'une ordonnance ou d'un jugement l'ayant condamnée à fournir une pension alimentaire à son conjoint... sera volontairement demeurée plus de trois mois sans fournir les subsides déterminées par le juge, ni acquitter les termes de la pension. »

Dans l'hypothèse où, pendant la durée du mariage, l'un des époux prive son conjoint de moyens d'existence suffisants, une décision judiciaire peut intervenir pour l'obliger à remplir ses devoirs d'assistance et de secours.

Sauf quelques très rares exceptions, aucune difficulté

(1) Telle est la formule employée par la Cour de Cassation dans ses arrêts. Formule très large d'ailleurs puisque les enfants adultérins y sont compris. (Paris, 7 décembre 1937 ; *Gaz. Pal.*, 23 février 1938.)

(2) Cass., 27 mars 1934 ; B., 69, p. 144.

(3) Trib. civ. Seine, 14^e Chamb., 29 novembre 1932 ; Commaille, mars 1933, n° 10.901 ; Trib. Cor. de Strasbourg, 29 octobre 1926 ; Commaille, mai 1927, n° 6.322, même homologuée par le Trib. Cass., 24 avril 1931 ; B., 115, p. 219.

(4) Cass., 24 décembre 1932 ; *Gaz. Pal.*, 1933-1-239 ; S., 1934-1-33, avec la note de M. Niboyet ; D. P., 1933-1-86, avec la note de M. Nast.

juridique ne se présente pour en assurer l'exécution. Il n'en va pas de même à l'occasion des instances en séparation de corps et en divorce.

Le Président du Tribunal a la faculté d'allouer des aliments (1) dès l'ordonnance de non conciliation, l'obligation de secours ne pouvant plus s'exercer en nature. Cette mesure provisoire doit être suivie d'une citation dans un délai de vingt jours, à défaut de quoi, elle cesse de « plein droit (2) ».

Les juridictions civiles décident que la déchéance est encourue, sans qu'il soit nécessaire de la faire prononcer (3).

Il paraît bien, dans cet état de la jurisprudence, que le droit à pension alimentaire disparaît, faute de citation dans le délai imparti, et que toutes poursuites pour abandon de famille deviennent ainsi impossibles.

Telle n'est point la solution admise par la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation qui estime que l'ordonnance, exécutoire par provision, subsiste avec tous ses effets, tant que la nullité de l'assignation n'a pas été prononcée (4).

Un arrêt de cette même juridiction (5) a rejeté le pourvoi d'un individu qui ne payait pas la pension alimentaire fixée par une ordonnance de non conciliation, bien que la citation ait été délivrée après plus de vingt jours, motif pris de ce que le prévenu devait, en l'occurrence, être considéré comme ayant renoncé à se prévaloir de la nullité de l'exploit.

Avant la loi du 18 février 1938, la jurisprudence décidait que si la femme avait quitté la résidence indiquée, le mari pouvait refuser de verser la pension alimentaire. Encore fallait-il que le départ soit injustifié. Il était imprudent pour

(1) Art. 238 du Code civil.

(2) Idem.

(3) Paris, 10 août 1889 ; D. P. 90-2-149 ; Cass. 22 janvier 1896 ; D. P., 96-1-571 ; Cass., 27-2-1903 ; S., 1905-1-300.

(4) Rej., 21 octobre 1932 ; B. 219, p. 416.

(5) Rej., 23 mars 1928 ; B. 99, p. 200 ; D. P., 1929-1-51 et sa note ; *Gas. Pal.*, 1928-2-240 ; S., 1929-1-275.

le mari de se faire juge de la situation et d'interrompre les paiements de son propre chef. Il ne lui appartenait pas d'apprécier si les motifs qui avaient conduit la femme à changer de résidence étaient ou n'étaient pas légitimes (1). Néanmoins, s'il invoquait cette fin de non recevoir, le Tribunal correctionnel devait (2) l'examiner et, le cas échéant, motiver en conséquence son jugement pour écarter ce moyen de défense (3).

Aujourd'hui, la nouvelle rédaction de l'article 236 du Code civil ne laisse pas de place à l'admission d'une telle fin de non recevoir.

Nous avons déjà signalé que la séparation de corps laissait subsister le mariage et ses obligations. Le jugement qui la prononce peut donc constituer la base d'une poursuite pour abandon de famille, même si les sommes allouées au conjoint le sont à titre d'avances sur la communauté et

(1) Un Jugement du Tribunal correctionnel de Nantua, rendu le 20 juillet 1932 ; *Gaz. Pal.*, 1932-2-586 ; Commaille, décembre 1932-10.708 a relaxé un mari sous le prétexte que la femme avait changé sa résidence, pour de justes raisons semble-t-il, sans avoir obtenu préalablement l'autorisation du Juge compétent. Cette décision, unique à notre connaissance, est assortie de motifs singuliers, entre autres celui-ci : « Attendu que si regrettable que soit, au point de vue de l'équité, la solution qui va intervenir, elle est impérieusement commandée par l'article 241 du Code civil et par les principes de notre législation pénale. » Cette « solution » ne s'imposait pas aussi « impérieusement » que les magistrats du Tribunal de Nantua ont bien voulu le dire. La doctrine (PLANIOL-RIPERT et ROUAST : *Traité pratique de Droit civil français*, t. 2 ; Ambroise COLIN et Henri CAPITANT : *Cours élémentaire de Droit civil français*, 5^e édition, t. 1, p. 219) et la jurisprudence de la Cour de Cassation sont d'un avis contraire (Rej., 23 mars 1928, déjà cité ; cf. req., 29 juin 1868 ; D. P., 71-5-351 ; 25 juin 1889 ; D. P., 90-1-420 ; 23 juillet 1913 ; D. P., 1917-1-56 ; 11 avril 1922 ; *Gaz. Pal.*, 1922-2-135).

(2) M. TOULEMON, dans une note au *Répertoire Commaille*, année 1938, p. 125 et suiv. prétend que « ... Cette appréciation échappe du reste à la compétence de la juridiction répressive (Douai, 14 octobre 1926 ; Cass. Crim., 23 mars 1928 ; *Gaz. Pal.*, 1928-2-240) ». Nous ne voyons pas pour quelle raison le Tribunal écarterait ici le principe selon lequel le juge de l'action est juge de l'exception. Nous n'avons pu vérifier la première référence indiquée, mais la seconde se rapporte à un arrêt qui ne dit rien de semblable, bien au contraire ! La Cour de Cass. dans son arrêt du 23 mars 1928 précité admet qu'une telle appréciation appartient bien au Tribunal correctionnel.

(3) Cass., 4 août 1933 ; B. 181, p. 349.

cessent d'être dues lorsque celle-ci est liquidée (1), puisque le devoir alimentaire continue à exister.

En cas de divorce, la situation est différente. Le Tribunal a la faculté d'accorder une pension à l'une des parties. S'il le fait pour condamner à sa part contributive dans l'entretien des enfants communs le conjoint qui n'a pas la garde de ceux-ci, la pension trouvera son fondement dans l'article 203 du Code civil. S'il le fait pour assurer des ressources à l'époux privé de tous moyens d'existence par suite du divorce, pour lui assurer les moyens de vivre jusqu'à la liquidation de la communauté, la pension sera versée, à titre d'acompte, à valoir sur les sommes qui lui reviendront lors de la liquidation de la communauté ; elle aura sa justification dans la théorie de l'indivision (2). S'il le fait au bénéfice du conjoint au profit duquel le divorce a été prononcé, en réparation du préjudice causé à celui-ci par la rupture de l'union, la source du droit découlera de l'application des articles 301 et 1382 du Code civil.

La nature de la pension allouée en vertu de l'article 301 du Code civil est assez difficile à dégager et les auteurs ne s'accordent pas à son sujet.

Sous certains aspects, elle se présente comme des dommages-intérêts ordinaires. Seul l'époux qui n'a pas commis de faute peut en être bénéficiaire. Encore faut-il qu'elle soit allouée dans le jugement qui prononce le divorce.

Sous d'autres aspects, au contraire, elle apparaît comme une pension alimentaire. Le conjoint dont les ressources sont suffisantes n'y a pas droit, et, lorsqu'elle a été octroyée, elle prend fin le jour où le créancier n'est plus dans le besoin. Son montant est, d'autre part, fixé en rapport avec les moyens du débiteur dont elle ne peut jamais dépasser le tiers.

(1) *Rej.*, 13 janvier 1939 ; *B.* 10, p. 17 ; *Gaz. Pal.*, 18 février 1939 et la note de M. Hugueney à la *Revue de Sc. Crim.*, 1939, p. 297.

(2) *Req.*, 9 décembre 1925 ; *D. P.*, 1926-1-140 et la note de M. Nast.

La jurisprudence affirme tantôt le caractère indemnitaire de la pension, tantôt son caractère alimentaire.

Dans le premier cas, elle décide que l'époux bénéficiaire peut y renoncer ou transiger sur son montant (1). Dans le second, elle admet que la pension allouée en vertu de l'article 301 cesse d'être due après un second mariage, non parce que la femme bénéficiant de l'obligation alimentaire de son second mari ne se trouve plus dans la même situation, mais parce que cette union nouvelle brise « tous liens » formés par la première, pourtant dissoute, et fait « passe(r) au second mari » l'obligation alimentaire (2).

Nous pouvons conclure de cet examen que cette pension est à la fois alimentaire et indemnitaire. Alimentaire, elle est accordée à l'un des « époux (3) », en cette qualité, pour suppléer à l'obligation de secours qui cesse avec le mariage. Indemnitaire, elle ne peut être attribuée à l'époux coupable. Elle se présente, suivant la formule de M. Ripert, comme « une pension alimentaire à base indemnitaire (4) ».

La pension allouée en vertu de l'article 1382 du Code civil n'offre guère de particularités intéressantes, dignes de justifier un examen particulier. Elle est due par l'époux coupable, en réparation du préjudice total causé par le divorce, dans la mesure où le conjoint au profit duquel a été rendu le jugement n'a pu être indemnisé en vertu de l'article 301.

Une décision qui accorde des dommages-intérêts à un

(1) Req., 30 juillet 1889 ; D. P., 1890-1-428 ; Req., 28 juillet 1903 ; D. P., 1904-1-37 ; Trib. Seine, 28 juin 1926 ; D. H., 1926-492. Toutes ces décisions précisent, en termes formels le caractère d'indemnité attaché à la pension.

(2) Cass. Civ. Après délibération en la Chambre du Conseil, 21 avril 1920 ; D. P., 1924-1-91. Cf. sur cette question PLANIOL-RIPERT et ROUAST : *Traité pratique*, t. II, n° 641. Note à la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1921, p. 210 et suiv. Note de M. Gaudemet ; et, d'un avis contraire AUBRY et RAU, t. VI, p. 351 ; BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, t. IV, p. 290.

(3) Ainsi s'exprime l'article 301 du Code civil.

(4) M. RIPERT : Le caractère de la pension alimentaire allouée au cas de divorce. *Chronique au Dalloz Hebdomadaire* de 1927, p. 53 et suiv.

époux sous forme de rente, ne peut évidemment pas servir de base à une poursuite pour abandon de famille.

Il en est de même pour celle qui fait bénéficier un conjoint coupable d'une pension dont le montant s'imputera sur les sommes qui lui reviendront après liquidation de la communauté. Sans doute, cette pension a-t-elle un caractère alimentaire, mais ce fait ne saurait, à lui seul, rendre applicable la loi de 1924 puisqu'elle trouve sa cause dans l'existence de biens appartenant à l'époux coupable lors de la dissolution du mariage et non dans un devoir de famille.

Telle apparaît d'ailleurs la jurisprudence de la Cour de Cassation (1).

Plus délicat est le problème posé par les décisions qui attribuent une pension en vertu des dispositions de l'article 301 du Code civil.

Les Cours d'Appel et Tribunaux se sont, pendant les premières années d'application de la loi, refusés à admettre que ces décisions puissent motiver des poursuites pour abandon de famille (2). Ils arguèrent de ce que la loi de 1924 ne sanctionne pas le défaut de paiement de toutes les créances alimentaires, ce qui est exact, mais seulement de celles fondées sur un devoir de famille et contestèrent ce caractère à la pension allouée en vertu de l'article 301.

Avant d'attribuer la pension, dirent-ils, le jugement doit prononcer le divorce, et, après le divorce, il n'y a plus de famille ; il n'y a que des ex-conjoints, désormais étrangers. Au surplus, cette rupture de l'union supprime l'obligation

(1) *Rej.*, 19 octobre 1935 ; *B.* 115, p. 208 ; *D. H.*, 1936-5 ; *Rej.*, 29 juillet 1933 ; *B.* 171, p. 333 ; *Cass.*, 23 décembre 1932 ; *B.* 265, p. 501 ; *Commaillé*, mars 1933-10.900 ; *D. P.*, 1933-1-80, note de M. Nast ; Paris, 2 décembre 1926 ; *Gaz. Pal.*, 1927-1-264. Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, rendu le 9 novembre 1937 (*Gaz. Pal.*, 1938-1-129) paraît, à la lecture du sommaire avoir jugé le contraire, mais l'examen de l'arrêt montre qu'il n'en est rien, car la pension avait été allouée en vertu de l'article 301 du Code civil.

(2) Douai, 27 mai 1927 ; *Gaz. Pal.*, 1927-2-579 ; *D. P.*, 1928-2-32 ; Paris, 10 mars 1926 ; *D. P.*, 1926-2-97 ; Paris, 2 décembre 1926 ; *Gaz. Pal.*, 1927-1-264 ; Contra cependant C. Colmar, 20 mars 1926 ; *D. H.*, 1926-276 et *Marseille*, 10 juillet 1926 ; *D. H.*, 1926-544.

alimentaire entre époux, l'époux coupable n'a plus droit aux aliments.

Il est certain que le divorce met fin à l'obligation, mais nous avons vu que l'article 301 du Code civil a pour effet d'en constituer une nouvelle, destinée à suppléer celle qui s'éteint.

Dire que l'obligation ainsi créée l'est entre époux divorcés désormais étrangers l'un à l'autre et qu'elle ne peut justifier l'application de la loi sur l'abandon de famille « est un pur sophisme parce que la pension a bien été accordée à un époux... » et que « c'est dans sa qualité d'époux que le créancier trouve la source de sa créance et le débiteur la cause de sa dette (1) ».

La Cour de Cassation partage d'ailleurs cette opinion et plusieurs arrêts ont été rendus dans ce sens (2). Les Tribunaux et Cours d'Appel qui, à l'origine, statuaient dans un sens opposé paraissent s'être rangés aux justes arguments de la Cour Suprême (3, 4).

Notons enfin, pour terminer cette étude sur les circonstances dans lesquelles un conjoint peut obtenir une pension alimentaire, les dispositions de l'article 205 du Code civil, en vertu desquelles lorsque l'un des époux est décédé sa succession doit des aliments au conjoint survivant dans le besoin.

Les termes de la loi sur l'abandon de famille ne permettent pas à celle-ci d'être appliquée en l'espèce.

(1) Cf. note précitée de M. Ripert au D. H., de 1927 ; M. G. RIPERT : L'abandon de famille en cas de divorce. *La Semaine juridique* du 29 mars 1928, p. 378.

(2) Cass., 5 août 1927 ; B. 214, p. 421 ; D. P., 1928-1-32 (note de M. Nast) ; S., 1929-1-728 ; *Gaz. Trib.*, 28-2-1928 ; Commaille, 1928-7023 ; Cass., 27 août 1927 ; B. 223, p. 440 ; Cass., 11 février 1928 ; B. 61, p. 123 ; *Gaz. Pal.*, 1928-1-499.

(3) Paris, 9 novembre 1937 ; *Gaz. Pal.*, 1938-1-129.

(4) Dans le sens que nous indiquons : L. HUBERTY : *op. cit.*, p. 79 et suiv. ; DESCHAMBRE : *op. cit.*, p. 59 ; CASANOVA : *L'abandon de famille en Droit pénal français*, p. 62 ; et, semble-t-il LABEDA : *L'abandon de famille*, p. 36 ; Contra P. GIRAUD : *L'abandon de famille*, p. 61.

D'une part, le décès a mis fin à l'obligation de secours et d'assistance prévue par les articles 212 et 214 du Code civil. D'autre part, la nouvelle créance n'est pas basée sur un devoir de famille imposé entre certaines personnes créancières réciproques d'aliments, mais constitue une limite aux libéralités posthumes des époux (1).

Cette discussion ne présente d'ailleurs qu'un intérêt théorique (2). Le conjoint survivant a, en effet, la faculté de demander le bénéfice de la séparation des patrimoines, de faire inscrire son privilège (art. 2111 du Code civil) et de refuser d'en donner la mainlevée tant que le service des aliments n'est pas assuré.

Sanction de l'obligation alimentaire entre alliés

Le mariage crée encore un devoir alimentaire entre alliés en ligne directe. L'article 206 du Code civil dispose en effet que « les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leur beau-père et belle-mère ».

Nous ne nous étendrons pas sur cette obligation. Signalons seulement que son existence n'est pas liée de façon étroite à celle de l'union des époux. Elle prend fin si la belle-mère convole en secondes noces ; mais, au contraire, si l'époux qui produisait l'affinité vient à décéder et laisse des enfants elle subsiste.

Elle cesse en cas de divorce.

Le jugement qui la consacre peut servir de base à une poursuite en abandon de famille, puisqu'elle trouve sa source dans la famille. C'est du moins ce qu'a jugé la Cour de Cas-

(1) Nous supposons que le conjoint survivant est créancier d'aliments en sa qualité de conjoint du de cujus et non au titre de parent de l'héritier.

(2) Nous n'avons trouvé aucune décision dans les Recueils de Jurisprudence.

sation (1). Deux arguments viennent appuyer cette décision. D'une part, les termes « d'abandon de famille » employés pour qualifier ce délit montrent que tous les manquements aux obligations alimentaires entre gens d'une même famille doivent pouvoir entraîner des poursuites pénales, d'autre part, telle paraît bien avoir été l'intention du législateur. C'est en vain que M. Roux, dans une note au Sirey (2), sous l'arrêt précité, rendu le 4 juillet 1925 objecte que la famille ne comprend pas les alliés. Nous sommes d'accord pour admettre qu'il en est ainsi en thèse générale, mais les exemples qu'il donne portent tous sur des dispositions prévues par des textes anciens et nous ne croyons pas qu'ils doivent nécessairement entraîner une interprétation identique pour la loi de 1924 (3).

Il faut en effet tenir compte de la différence de rédaction qui existe entre le Code civil ou le Code pénal et les lois modernes. S'il faut interpréter restrictivement les textes qui ont été rédigés au début du XIX^e siècle, parce que le législateur d'alors connaissait la valeur juridique exacte des termes qu'il employait, il n'en n'est pas de même pour les textes récents. L'exposé des motifs de M. Louis Marin (4) semble avoir reflété l'intention des auteurs de la loi. Il nous paraît certain qu'en réprimant « l'abandon de famille » ceux-ci ont voulu que les gendres et belles-filles, débiteurs d'aliments, en vertu de l'article 206 du Code civil et qui ne payent pas soient susceptibles d'être condamnés (5).

(1) *Rej.*, 4 juillet 1925 ; *B.* 217, p. 423 ; *S.*, 1926-1-329.

(2) Note sous l'arrêt du 4 juillet 1925 précité.

(3) Si certains auteurs, tels Merlin, Aubry et Rau soutiennent que les alliés ne font pas partie de la famille, cette opinion n'est pas admise par tous. Baudry-Lacantinerie, Houques-Fourcade, Planiol et Ripert sont d'un avis contraire.

(4) « ..., aucun membre de la famille ne doit être exclu du droit que nous entendons créer en faveur des abandonnés... ; il se retournera aussi contre les gendres et belles-filles qui doivent des aliments dans les conditions de l'art. 206 Code civil », *D. P.*, 1924-4-232.

(5) LABEDA : *op. cit.*, p. 42 et CASANOVA : *op. cit.*, p. 76 et 77. Contra HUBERTY : *op. cit.*, p. 64 qui écarte avec quelque désinvolture l'argument :

Conclusion

Depuis le Code pénal, et pendant plus d'un siècle, les infractions aux devoirs de secours et d'assistance entre époux sont généralement restés impunis. Les sanctions laissées à la disposition des particuliers s'avéraient en effet insuffisantes.

Il est heureux qu'une répression pénale soit intervenue pour mettre un frein à l'abandon de famille. Les Parquets possèdent des moyens d'investigations plus étendus que les créanciers d'aliments pour rechercher les débiteurs qui veulent échapper à leurs obligations. La sanction de l'infraction y gagne en certitude et en force.

La quantité de délits commis au préjudice d'époux est difficile à déterminer avec exactitude, car la statistique criminelle indique seulement le chiffre global des poursuites. Mais l'importance même de ce chiffre (1) et le nombre des arrêts rapportés dans les journaux judiciaires attestent l'étendue du mal à combattre...

C'est d'ailleurs ce qui explique que les Cours et Tribunaux aient pu, en quinze années d'application de la loi, tirer de celle-ci toutes ses conséquences.

La sanction pénale de l'abandon de famille se présente comme plus rigoureuse que la sanction civile. Elle ne réprime pourtant que les infractions aux décisions attribuant des aliments, et ne peut punir les défaillances à l'obligation alimentaire tant que celle-ci n'a pas été consacrée par un jugement ou un arrêt. Encore le fait-elle avec un retard de trois mois.

Par contre, le juge n'a plus à tenir compte des besoins

« En cas de divergence entre l'exposé des motifs et le texte de la loi votée, seul ce dernier doit être pris en considération pour donner à la loi son contenu. » Encore faudrait-il qu'il y ait désaccord entre le texte légal et le dit exposé, ce que nous contestons.

(1) Plus de 5.000 prévenus par an, depuis 1930.

du créancier. Il doit considérer le montant de la pension allouée comme indiscutable, et, s'il peut examiner les ressources du débiteur, ce n'est pas pour en déduire que la dette est trop élevée en elle-même, mais pour apprécier le caractère volontaire de la carence.

Toutes ces règles montrent bien que la loi de 1924 apporte son appui à l'exécution de décisions judiciaires particulières bien plus qu'à l'obligation indirectement défendue.

Sans doute une telle répression apparaît-elle comme insuffisante.

Son extension à l'abandon d'un conjoint par l'autre est jugée souhaitable par de nombreux juristes (1).

Qu'il nous soit permis de citer ici un exemple des résultats auxquels aboutit l'application rationnelle de la loi de 1924. Dans le ressort de la Cour d'Appel de Caen, où le Parquet général exerce une surveillance active sur la répression du délit, lorsque les victimes sont des mineurs, 9 fois sur 10, les poursuites répétées conduisent les débiteurs récalcitrants à payer de façon régulière.

N'est-ce point là une attestation de l'efficacité de la loi ?

Si l'on peut désirer quelques réformes de détail, telle que l'addition d'une disposition qui donnerait compétence au Tribunal du lieu où est domicilié le créancier pour connaître des poursuites, l'ensemble nous paraît digne de subsister.

(1) Seule parmi les législations actuelles le droit italien marque un essai dans ce sens. L'article 520 du Code pénal italien punit de la réclusion jusqu'à un an et d'une amende de 1.000 à 10.000 liras celui qui « abandonnant le domicile familial ou enfreignant par sa conduite, l'ordre ou la morale familiale, se soustrait aux obligations d'assistance inhérentes à la puissance paternelle, à la tutelle légale ou à la qualité de conjoint... » Cf. l'étude de Giovanni LEONE : *La violazione degli obblighi di assistenza familiare nel nuovo Codice penale*, Naples, 1931 *.

(*) Les journaux réclament parfois des pénalités plus sévères et l'accélération des procédures. *Ouest-Eclair* du 5 novembre 1940 : « La défense de la famille. C'est au juge d'abord de l'exercer. »

TROISIÈME PARTIE

Répercussions de l'état de mariage sur la responsabilité résultant d'une infraction pénale

Après avoir exposé dans les parties précédentes quelles sanctions pénales encourent ceux qui ne respectent pas les règles relatives à la formation du mariage et violent les devoirs entre époux, il nous faut aborder un problème plus général : celui de l'influence de l'état de mariage sur la responsabilité pénale.

Si le mariage est, en principe, sans effet sur la responsabilité pénale et sur la responsabilité civile d'une infraction pénale, il existe des exceptions à cette règle. Nous les étudierons dans les deux chapitres qui vont suivre.

RÉPERCUSSIONS DE L'ÉTAT DE MARIAGE SUR LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES AUTEURS D'INFRACTIONS

L'état de mariage forme tantôt un obstacle, absolu ou partiel, à la répression, tantôt une véritable circonstance aggravante.

Nous examinerons successivement ces divers aspects.

ÉTAT DE MARIAGE OBSTACLE ABSOLU A LA RÉPRESSION

Lorsque l'état de mariage a une influence, il constitue le plus souvent un obstacle absolu à la répression. Il en est ainsi dans les cas suivants : vols entre époux, enlèvement de mineur, lorsque le ravisseur a épousé sa victime, attentat à la pudeur sans violence commis par un ascendant sur un mineur de plus de 13 ans, lorsque la victime a été émancipée par son mariage, violation du secret de la correspondance par le mari, recel de malfaiteur ou d'insoumis par son conjoint.

Article 380 du Code pénal

Historique. — L'immunité qui interdit l'exercice de poursuites pénales pour sanctionner les vols entre époux existait en Droit Romain. Elle trouvait alors son fondement dans le concept qui faisait de la famille entière une cellule sociale et civile, placée sous l'autorité du paterfamilias.

Notre droit coutumier, dans lequel la famille se présentait encore comme une « unité » conserva cette règle (1). Le Code de 1791 resta muet à son sujet (2), mais pourtant, chose curieuse pour une époque où l'on prétendait imposer partout l'égalité et où l'on attaquait les bases de la famille, les Tribunaux continuèrent à l'appliquer (3) !

Légitimant cette pratique, l'article 380 du Code pénal dispose que « les soustractions commises par des maris au

(1) MERLIN : *op. cit.* Espèces sous V^o Vol, sect. II, § 4, art. II, p. 815, t. 14. Fondement de cette règle sous V^o Séparation de corps, § 3, art. III, p. 454, t. 12.

(2) MERLIN : *op. cit.*, V^o Vol, Sect. II, § 3, art. III, p. 727, t. 14.

(3) Rej., 6 pluviose, an X. *Appendice à la Table des arrêts crim.* de 1856, V^o Vol., n^o 33, Dalloz P. 5-1-337.

préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, par un veuf ou une veuve quant aux choses qui avaient appartenu à l'époux prédécédé... ne peuvent donner lieu qu'à des réparations civiles... »

Fondement et caractère de l'immunité. — Le fondement et le caractère de cette immunité ont donné lieu à de nombreuses dissertations doctrinales, car, suivant les théories admises, les conséquences pratiques diffèrent.

Si l'on s'en tient à l'exposé des motifs fait à la séance du Corps Législatif, le 9 février 1810 (1) le législateur paraît avoir entrevu trois raisons pour justifier la disposition légale qu'il prenait :

D'une part, il ne conviendrait pas que le Ministère Public puisse scruter les « secrets de famille qui peut-être ne devraient jamais être dévoilés ».

D'autre part, il serait inopportun que le Ministère Public provoque l'application de peines qui répandraient « la consternation » dans les familles et qui risqueraient d' « être une source éternelle de divisions et de haines ».

Enfin, il serait difficile, par suite de l'espèce de copropriété qui existerait entre époux, de séparer « le manque de délicatesse du véritable délit ».

Les motifs de convenance et d'opportunité invoqués sont discutables. Le scandale ne résulte-t-il pas bien plus du fait lui-même que de sa sanction par un tribunal ? La répression pénale engendre-t-elle plus sûrement la haine que le vol impuni ? Et, si l'on tient compte des conséquences de la peine, pourquoi n'admet-on pas une immunité identique en faveur de l'époux coupable de coups et blessures sur son conjoint ? A quoi bon, au surplus, mettre un obstacle aux poursuites, alors que l'expérience prouve que les vols ne se produisent qu'à partir de l'instant où les conjoints se séparent ou se sont déjà séparés ?

(1) LOCRÉ : t. 31, p. 141 ; CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : t. 6, p. 594.

Quelle que soit la valeur de ces critiques, il est certain que le législateur a bien élaboré l'article 380 du Code pénal avec un souci d'apaisement familial que l'exigence d'une plainte avant l'exercice de l'action publique aurait d'ailleurs suffi à sauvegarder.

L'existence d'une sorte de copropriété entre époux apparaît comme une fiction qui ne repose sur aucune réalité. En 1810, non seulement les conjoints n'étaient pas copropriétaires de leurs biens, mais ils n'avaient, entre eux, vocation successorale qu'à défaut de tous parents au degré successible et d'enfants naturels !

Dupin, dans ses réquisitions devant la Cour de Cassation (1), a combattu la doctrine admise par certains auteurs (2), qui consiste à prétendre que les soustractions visées à l'article 380 ne constituent pas des vols parce qu'il existe « sinon un droit de copropriété, du moins un droit à la propriété les uns des autres, qui, bien qu'il ne soit pas ouvert, exerce une certaine influence sur le caractère de la soustraction. »

Une semblable thèse ne peut soutenir la discussion. Voici les arguments exposés par Dupin :

« Et d'abord, si la soustraction... n'est pas un vol ; si dans ce cas on a seulement soustrait sa propre chose, l'article 380 était inutile, car, la loi ne punissant pas celui qui soustrait sa propre chose, les personnes dont parle l'article 380 se seraient trouvées placées dans la règle générale.

Dira-t-on que l'article 380 était nécessaire pour réserver aux victimes de la soustraction la réparation civile ? Mais la réponse se transforme en argument contre l'opinion que nous combattons : car s'il y a seulement soustraction de sa propre chose, il n'y a pas de réparation civile à exiger.

.. .. .

(1) Css. Chambres Réunies, 25 mars 1845 ; B. 110, p. 181 ; D. P., 45-1-290.

(2) CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : t. 6, p. 597 et suiv. ; MATHÉUS (?) ; MUYART DE VOUGLANS. *Lois Criminelles*, p. 284.

On invoque la loi romaine ; mais cette loi dit bien que pour les soustractions entre parents l'action furti n'existe pas, mais elle qualifie positivement le fait de vol. « Qui in parentum potestate sunt, si rem eis subripiunt, furtum quidem illis faciunt, et res in furtivam causam cadit ; sed furti actio non nascitur, quia nec ex ex aliâ ullâ causâ potest inter eos actio nasci. » (Inst. De oblig. quae ex del, parag. 12.)

On argumente aussi du texte de l'article 380 lui-même, qui qualifie les enlèvements d'effets commis, soit entre époux, soit entre ascendants et descendants, de soustractions et non pas de vols ; mais lorsqu'on raisonne ainsi, on oublie que le même article, dans sa seconde partie, qualifie les objets soustraits par les personnes désignées dans la première partie d'objets volés !

Enfin, ces soustractions rentrent évidemment dans la définition de l'article 379, c'est-à-dire qu'elles constituent des soustractions de choses qui n'appartiennent pas à ceux qui s'en emparent, et conséquemment des soustractions frauduleuses... c'est-à-dire de véritables vols. »

La Cour de Cassation s'est ralliée à l'avis émis par son Procureur Général.

La doctrine postérieure (1), unanime, a approuvé cette décision et il n'est plus discuté aujourd'hui que les soustractions frauduleuses entre époux sont bien des vols dont le coupable doit rester impuni, sans que le fait perde pour cela son caractère criminel ou délictuel.

Aucun auteur ne soutient plus que les dispositions de l'article 380 constituent une cause justificative.

Certains veulent y voir une excuse absolutoire. Cette opinion ne saurait être admise, car les juridictions de jugement seraient alors seules qualifiées pour prononcer l'absolution.

D'autres enfin soutiennent qu'elles s'apparentent aux

(1) BLANCHE : t. V, p. 490 ; GARRAUD : t. 5, p. 106, n° 94 ; GARÇON : art. 380, n° 4.

fins de non recevoir contre l'action publique et ils les qualifient d'excuse péremptoire (Garraud) ou, ce qui est préférable, d'exception péremptoire (Garçon).

Nous nous rangerons à l'avis de ces juristes. Puisque le législateur a estimé que des raisons de convenances devaient empêcher l'intervention du Ministère Public, il a voulu, à n'en pas douter, que l'obstacle fût total et non limité à l'application d'une peine.

La jurisprudence (1), à la suite de l'arrêt solennel du 25 mars 1845 a d'ailleurs reconnu ce caractère dont elle a tiré diverses conséquences.

Lorsque le Parquet est avisé d'un vol dont l'auteur peut invoquer l'immunité de l'article 380, il doit classer l'affaire « sans suite ».

Si le Juge d'Instruction se trouve saisi, sur la plainte de la partie civile par exemple, il devra rendre une ordonnance de refus d'informer (2).

Si une information a été ouverte et que le magistrat instructeur s'aperçoive, en cours de procédure que l'immunité joue en faveur de l'inculpé, sans même attendre que celui-ci excipe de l'article 380, il rendra une ordonnance de non lieu. Il aura soin de motiver cette ordonnance par l'irrecevabilité de l'action publique, car, s'il se bornait, comme le font trop de Juges d'Instruction, à recopier la formule passe-partout « qu'il n'existe pas de charges et présomptions suffisantes contre X... » ce dernier aurait alors un intérêt suffisant pour attaquer la décision rendue en sa faveur (3). Solution qui s'impose, en effet, puisque l'information ne doit pas être reprise s'il survient des charges nouvelles.

Dans l'hypothèse où le Tribunal est saisi de la poursuite,

(1) Cass., 18 avril 1857 ; B. 158 ; S., 57-1-398 ; D. P., 57-1-227.

(2) Rej., 4 janvier 1930 ; B. 5, p. 8.

(3) Rej., 30 décembre 1932 ; B. 268, p. 507 ; D. P., 1933-1-128 (note de M. G. Leloir) ; *Gaz. Pal.*, 1933-1-381.

il ne lui appartient, à notre avis, ni de condamner, ni de relaxer, il doit « in limine litis », déclarer la poursuite irrecevable.

Au cas où l'accusé a été renvoyé, à tort, devant la Cour d'Assises par l'arrêt de la Chambre des Mises en accusation, nous pensons, avec Garçon, que la Cour peut admettre cette fin de non recevoir avant tous débats, comme elle le ferait pour un fait amnistié par exemple.

Enfin, et l'espèce s'est présentée, si le jury a prononcé son verdict, la Cour, délibérant avec lui, doit absoudre par application de l'article 364 du Code d'instruction criminelle (1).

Situation des coauteurs et complices d'un vol commis par un époux au préjudice de son conjoint. — La situation des coauteurs et complices d'un vol commis par un époux au préjudice de son conjoint a soulevé de nombreuses discussions et une partie de la doctrine se trouve encore en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de Cassation.

Pour les juristes qui estiment que les soustractions frauduleuses entre époux ne constituent pas des vols, la situation est très simple : le fait principal n'est pas punissable et il n'y a lieu à poursuites contre personne.

Pour les autres, la question paraît plus délicate, tout au moins en ce qui concerne les complices, car ils admettent sans peine, avec les Tribunaux (2), que les coauteurs ne bénéficient pas de l'exception.

La Cour de Cassation, dans les nombreuses procédures qui lui ont été soumises depuis 1819 (3), a toujours décidé

(1) Cass., 6 octobre 1853 ; B. 492, p. 569 ; S., 54-1-352 ; D. P., 53-5-487.

(2) Cass., 12 avril 1844 ; B. 135, p. 190 ; Cass. Ch. réunies, 25 mars 1845, déjà cité ; Toulouse, 9 avril 1851 ; S., 51-2-348.

(3) Cass., 15 avril 1825 ; B. 73 ; D. V° Vol n° 174 ; Cass., 24 mars 1838 ; B. 79, p. 114 ; R. G. J. D. V° Complicité n° 214 ; Cass., 1^{er} octobre 1840 ; B. 292, p. 415 ; Cass., 12 avril 1844 ; B. 135, p. 190 ; Cass., 25 mars 1845 précité ; Cass., 8 janvier 1921 ; B. 12, p. 18.

que le complice d'un vol commis par un époux, ayant agi seul, au préjudice de son conjoint devait être impuni.

Plusieurs arguments paraissent justifier la solution adoptée par la Cour Suprême.

En premier lieu, la rédaction du deuxième paragraphe de l'article 380, ainsi conçu : « A l'égard de tous autres individus qui auraient recélé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés, ils seront punis comme coupables de vol. » (Texte antérieur au 22 mai 1915) montre, affirme-t-on, que les complices punissables sont ceux qui ont tiré bénéfice du vol, car les termes employés sont généraux et ne sauraient concerner les seuls complices par recel.

Le Procureur général Dupin a combattu cette thèse dans les réquisitions qu'il a prises le 6 décembre 1844 (1). Il semble bien, en effet, que l'interprétation donnée est beaucoup trop large et que le sort des complices doit être réglé par le jeu des articles 60 et 380, § 1 du Code pénal. Les termes « tous autres individus » s'appliquent aux seuls recéleurs. Si le législateur avait voulu qu'il en fût autrement, il n'aurait pas manqué de préciser sa pensée en écrivant : « ...tous autres individus, coauteurs ou complices, qui... »

N'arrive-t-on pas, d'ailleurs, à des situations injustes en ne poursuivant pas le complice, alors que le recéleur, souvent moins coupable, puisqu'il a pu tout ignorer des circonstances aggravantes de l'infraction, sera condamné ? Et le recéleur, dans la législation antérieure au 22 mai 1915, n'était-il pas autre chose qu'un complice, moins punissable que le complice par aide ou assistance ?

On fait encore valoir, qu'aux termes de l'article 59 du Code pénal, le complice doit suivre le sort de l'auteur principal. Sans doute est-ce là une règle générale, mais la jurisprudence lui apporte de nombreuses exceptions. Elle

(1) Cass., 25 mars 1845, précité B. 110, p. 181.

admet que le complice peut être condamné lorsque le fait criminel existe, bien que l'auteur principal soit impuni. Par exemple, quand celui-ci est inconnu, en fuite, décédé, irresponsable ou même non poursuivi (1).

Elle adopte la même solution quand l'auteur principal bénéficie d'une exception toute personnelle : s'il est acquitté comme ayant agi sans discernement par exemple (2).

Enfin, soutient-on, de telles poursuites vont contre l'intention du législateur puisqu'elles nécessitent la preuve de l'infraction commise par le bénéficiaire de l'immunité.

Cette objection est sans valeur. L'article 380, lui-même, impose cette preuve, dans sa première partie, pour accorder la réparation civile, et dans sa seconde partie pour poursuivre les recéleurs.

Selon la formulè adoptée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 25 février 1819 (3) « ...l'indulgence de la loi n'est due qu'à l'intimité des rapports qui attachent la personne qui a commis la soustraction et celle au préjudice de laquelle elle a été commise ; ...elle ne saurait donc être étendue à des tiers complices de la soustraction qui ne sont pas unis par les mêmes liens de parenté ou d'alliance aux propriétaires des objets dérobés... » Aussi, malgré la jurisprudence actuelle de la Cour Suprême (4), instaurée par l'arrêt du 15 avril 1825, nous persistons à penser que le complice devrait être puni en toutes hypothèses.

Pour apprécier la situation de celui-ci devant les Tribunaux il faut distinguer si l'auteur principal a opéré seul

(1) Cf. les très nombreuses décisions reportées dans le Code pénal annoté de Garçon. Art. 59-60, n° 100 à 105 et au Code pénal, annoté Dalloz, art. 59-60, n° 565 et suiv.

(2) Cass., 19 août 1813 ; R. J. G. D. ; V° Complice, 23-1° ; Cass., 25 juin 1824 ; 21 novembre 1839 *ibid.* 23-2° ; Cass., 27 novembre 1845 ; B. 348, p. 547 ; D. P., 46-5-94.

(3) R. J. G. D., V° Complicité, n° 79-1°.

(4) L'abondance même des arrêts ne prouve-t-elle pas que la Jurisprudence de la Cour de Cassation ne trouve pas une approbation générale des Cours d'Appel et Tribunaux ?

ou s'il était assisté de coauteurs. Dans le premier cas, le complice jouit de l'immunité, dans le second il encourt une condamnation. Solution quelque peu choquante, qui, pour une soustraction opérée dans des circonstances de temps et de lieu déterminées, aboutit à faire supporter au complice les conséquences d'une pluralité d'auteurs principaux qu'il peut n'avoir pas voulue, ou à la faire bénéficier de désistements qu'il n'avait pas demandés.

La situation du recéleur mérite un examen particulier, puisqu'elle est prévue dans la deuxième partie de l'article 380. Dans le Code de 1810, le recel constituait une cause de complicité, et, par exception à la règle générale, se trouvait punissable. La loi du 22 mai 1915, qui en a fait un délit spécial, n'a rien changé à la pratique ; elle a maintenu la sanction, alors que le vol par lequel a été obtenue la chose recélée ne l'est pas.

Encore faut-il, pour que la poursuite soit fondée, qu'il y ait, à la base de l'infraction une soustraction frauduleuse. L'examen des recueils de jurisprudence prouve que cette remarque est utile, certains Parquets oubliant que « même après l'ordonnance de non conciliation le mari est, non seulement administrateur, mais encore seigneur et maître de la communauté (1) ».

Il s'en suit que, lorsque le mari emporte les biens communs pour vivre avec une maîtresse, celle-ci ne peut être poursuivie, alors que, lorsque la femme part, dans des conditions identiques, avec un amant, celui-ci peut être condamné pour recel quand il applique à son profit tout ou partie des objets volés.

Délits couverts par l'immunité. — La jurisprudence paraît avoir posé en principe que l'article 380 est applicable dans

(1) Trib. Cor. de Bayeux, 13 février 1932 ; *Gaz. Pal.*, 1932-1-620. La loi du 18 février 1938 n'a rien changé à cette situation. Cf. ESMEIN : *Chronique à la Gazette du Palais*, 1938-1-38.

tous les cas où le délit a pour objet direct et principal l'appropriation du bien d'autrui (1).

Cette interprétation extensive, donnée à la règle, est approuvée par la doctrine. Elle se justifie sans peine. D'abord par un motif d'ordre historique. Dans notre ancien droit il en était ainsi, car la notion de vol était beaucoup plus large qu'elle ne l'est de nos jours. Le *furtum* englobait alors toute une série d'actes que les mots « soustraction frauduleuse » ne sauraient qualifier (2). L'expression très générale employée par le législateur dans son exposé des motifs : « Toutes espèces de fraude » montre que celui-ci n'a pas voulu modifier la pratique de l'Ancien Régime.

Au surplus, les arguments invoqués en faveur de l'immunité pour le vol, conservent leur valeur pour l'abus de confiance ou l'escroquerie. Dans ces conditions, il serait anormal d'interpréter le texte de façon étroite alors que les auteurs du Code ont pris soin d'employer le terme « soustraction » et non celui de « vol » dans la première partie de l'article 380.

Aussi les diverses juridictions octroient-elles le bénéfice de l'article 380 pour d'autres infractions que le vol simple. La jurisprudence décide que les vols commis avec des circonstances aggravantes par un époux sur les biens de son conjoint doivent rester impunis ; elle admet encore que l'immunité peut profiter à l'auteur d'une escroquerie, d'un abus de confiance (3), d'une extorsion de signature (4). Selon nous, l'article 380 serait encore applicable dans les cas de recel.

(1) Cette formule que nous proposons, nous paraît préférable à celle donnée par CHAUVÉAU et FAUSTIN-HÉLIE (t. 6, p. 603) qui comprend « tous les délits qui se résolvent dans des questions d'intérêt » et à celle de GARÇON qui permettrait d'appliquer l'immunité au bris de clôture.

(2) Il avait alors le sens donné par les lois romaines : *contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve* (Loi 2 D. de furtis, § 1, *Inst. de obligationibus quae ex delicto*).

(3) Cass., 1827-10-16 ; B. 225.

(4) Cass., 8 février 1840 ; B. 51, p. 69 ; S., 40-1-651.

Il est nécessaire, avons-nous dit, que l'objet direct et principal de l'infraction soit l'appropriation du bien d'autrui. C'est pourquoi l'immunité ne peut jouer en faveur de l'inculpé dans les affaires de faux en écriture (1), de destruction de clôture (2), d'incendie volontaire (3), d'abus de blanc seing (4).

Un second principe apporte une limite à l'application de l'article 380. L'action publique ne peut être exercée que lorsque le préjudice a été causé aux individus énumérés et non à un tiers.

Les vols d'objets, dont le conjoint est dépositaire à un titre quelconque, sont punissables, et divers autres délits tels que la soustraction entre les mains du conjoint de biens saisis (5) ou appartenant à la masse d'une faillite peuvent être sanctionnés.

On s'est demandé si, lorsque la saisie a été pratiquée à la requête de l'un des époux, le détournement des objets par l'autre peut motiver des poursuites. L'intrêt des tiers apparaît alors moins évident. Il existe néanmoins, car l'enlèvement de la chose saisie peut préjudicier à d'autres créanciers et au gardien de la saisie. Enfin, et surtout, le délit visé à l'article 400 du Code pénal a pour but, non seulement de réprimer les infractions aux droits du saisissant, mais encore d'apporter une garantie aux actes de l'autorité publique.

Limites d'application. — Nous avons recherché quels sont les délits couverts par l'immunité. Il importe maintenant

(1) Cass., 17 décembre 1829 ; *J. du Droit Criminel*, 1830, p. 54 ; B. 277, p. 696 ; Cass., 22 avril 1841 ; S., 42-1-894 ; Cass., 3 décembre 1857 ; S., 58-1-48 ; B. 385 ; Cass., 21 mars 1873 ; S., 73-1-431 ; B. 75.

(2) Cass., 27 février 1836 ; S., 36-1-526 ; Cass., 3 août 1901 ; B. 226. Il s'en suit que l'effraction poursuivie seule sous la qualification de bris de clôture ne pourrait être couverte par l'immunité de l'article 380.

(3) Cass., 2 juin 1853 ; B., 197.

(4) Colmar, 21 juillet 1869 ; S., 69-2-329 ; Cass., 10 février 1879 ; S., 79-2-176.

(5) Cass., 8 janvier 1885 ; B. 15.

d'examiner si les soustractions visées par l'article 380 peuvent être retenues comme circonstances aggravantes d'une autre infraction, et plus particulièrement d'un meurtre. D'excellents auteurs ont soutenu la négative (1). Ils ont fait valoir que l'article 380 constitue une dérogation aux règles du droit commun et que la loi n'admet pas d'exception. Ils ont encore fait ressortir les termes par lesquels la loi précise que ces soustractions « ne peuvent donner lieu qu'à des réparations civiles » pour conclure en disant qu'il n'y a d'ailleurs pas de différence entre le vol délit et le vol circonstance aggravante d'un crime.

Ces arguments théoriques ont une valeur juridique certaine. Ils n'ont cependant pas entraîné la conviction de la Cour de Cassation.

Il a paru à cette haute juridiction que les raisons d'opportunité pour lesquelles l'immunité a été admise ne jouent plus lorsque celui qui est susceptible d'en bénéficier se trouve aussi sous le coup d'une accusation pour meurtre. De plus, l'article 304, dont les dispositions sont générales, fait de l'exécution d'un délit accompagnant un meurtre, une circonstance aggravante de ce crime auquel il s'incorpore et dont il ne peut être séparé ; d'où il suit que l'exception prévue par l'article 380 du Code pénal doit être appliquée « limitativement au fait du vol, isolé de tout autre crime ».

Telles sont les raisons pour lesquelles la Cour Suprême a décidé que le vol, circonstance aggravante d'un meurtre, devait donner lieu à l'application des peines ordinaires (2).

* * *

Dans le cas où un époux commet un vol qualifié au préjudice de son conjoint le crime n'est pas punissable. Mais la

(1) CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : t. 6, p. 599.

(2) Cass., 21 décembre 1837 ; B. 435, p. 458.

jurisprudence (1) admet que la circonstance aggravante de violence ou de bris de clôture peut être dissociée et servir de base à une poursuite contre cet époux. Une telle pratique n'a pas manqué de soulever des objections.

Une semblable dissociation, a-t-on écrit, n'est-elle pas interdite par la règle « *specialia generalibus derogant* » ? Et, si elle est possible, l'article 365 du Code d'instruction criminelle n'empêche-t-il pas le juge de condamner puisqu'il doit prononcer « une seule peine, la plus forte, qui est précisément, en l'occurrence, la peine du vol... Or, l'inculpé bénéficie, à l'égard du vol d'une excuse absolutoire (2) » ?

Cette argumentation nous paraît quelque peu spécieuse. Dans l'hypothèse où l'article 365 du Code d'instruction criminelle est applicable, si un individu est poursuivi successivement pour des infractions de nature différente, les juges, sous réserve de ne pas dépasser, en faisant la somme des condamnations, le maximum fixé pour l'infraction la plus grave, ne sont-ils pas libres de prononcer la peine la plus faible pour le délit dont la sanction prévue par la loi était la plus élevée ? Si un délinquant a été condamné à 16 francs d'amende avec sursis pour vol, rien n'interdit, dans le cas où la règle du non cumul des peines est applicable de lui infliger en outre deux années d'emprisonnement pour un abus de confiance commis avant le vol.

Il serait quelque peu regrettable que l'auteur d'un bris de clôture, délit sans grande gravité, puisse se mettre à l'abri de toutes poursuites en y ajoutant un vol et par ce moyen invoquer que l'ensemble forme un vol qualifié, crime impunissable !

Durée de l'immunité. — Le mariage, qui donne naissance à l'immunité, peut-il lui faire produire des effets rétroactifs ?

(1) Cass., 26 juillet 1811 ; *J. Pal.*, t. 9, p. 494 ; Cass., 3 août 1901 ; B. 226 ; D. P., 1904-1-157 ; Douai, 19 décembre 1859, D. P. 60-2-96.

(2) Chronique de M. DONNADIEU DE VABRES : *Revue de Science Criminelle*, année 1936, p. 431.

Oui, a décidé la Cour d'Appel de Lyon dans un arrêt du 8 décembre 1885. Cette juridiction a jugé, en effet, que, pour apprécier si l'infraction est ou n'est pas punissable, il faut se placer, « non à la date du délit, mais bien à celle à laquelle est rendu le jugement ». Affirmation dangereuse, érigée en principe, et qui, selon toute vraisemblance, ne traduisait pas avec fidélité la pensée des conseillers qui l'ont formulée.

Ces magistrats semblent avoir voulu faire jouer en faveur du prévenu la règle selon laquelle une loi pénale plus favorable que la précédente est appliquée aux faits antérieurs à sa promulgation. Mais, en l'espèce, le principe ne doit pas jouer puisque la législation reste la même.

Ils paraissent surtout avoir songé à l'intention du législateur d'éviter la division des familles, consécutive aux poursuites.

Sans doute doit-on considérer parfois le mariage postérieur au vol comme un pardon comportant retrait de plainte, mais il n'en est pas toujours ainsi (1) et l'union nouvelle ne saurait être prise en considération qu'à titre de circonstance atténuante.

Les auteurs qui approuvent la décision rendue en 1885 (2), paraissent oublier que le vol est un délit instantané et qu'il faut, en conséquence, se reporter au jour du délit pour apprécier la culpabilité de son auteur ; que le texte accorde l'immunité pour les infractions « commises par » certains parents et qu'il serait fâcheux de subordonner, sans une disposition formelle de la loi, le résultat de la répression aux lenteurs de la procédure.

Enfin, si l'on voulait s'en tenir aux raisons d'opportunité invoquées, ne serait-il pas logique d'admettre que la sanction pourrait intervenir tant que la prescription ne

(1) Supposons, par exemple, le cas d'un individu qui vole les parents d'une jeune fille, puis épouse celle-ci malgré l'opposition des dits parents.

(2) Voir la note de Garraud au D. P., 1886-2-97.

serait pas acquise, sous la seule condition que le mariage soit dissous par le divorce ou la mort de la victime.

La jurisprudence n'a pas suivi la voie dans laquelle l'engageait la Cour de Lyon, et l'on ne saurait l'en critiquer (1).

L'immunité peut survivre au mariage. La loi dispose en effet que l'époux, auteur d'une soustraction de biens commise au préjudice de la succession de son conjoint prédécédé ou de la communauté ayant existé, n'encourt que des sanctions civiles.

Toutefois, le divorce met un terme à l'application de l'article 380, sauf au profit des alliés, puisque l'alliance ne prend pas fin avec l'union (2).

Enlèvement de mineur

Le Code pénal sanctionne l'enlèvement de mineur de peines plus ou moins graves suivant les conditions dans lesquelles le crime a été commis.

L'article 357 prévoit une fin de non recevoir contre la poursuite lorsque le ravisseur a épousé la fille enlevée.

Étendue de l'exception. — L'exception ainsi créée ne vise que le cas où la victime est une jeune fille. Mais elle revêt alors un caractère général ; elle s'applique indifféremment au rapt par violence et au rapt par séduction. L'opinion contraire de Le Graverend (3) est, croyons-nous, unique en doctrine.

La Cour de Cassation ne paraît pas avoir été appelée à

(1) Paris, 19 mai 1866 ; S., 67-2-70 ; Trib. Seine, 8 avril 1921 ; *Gaz. Pal.*, 1921-2-50 ; Limoges, 27 février 1931 ; *Gaz. Pal.*, 1931-1-609 ; S., 1931-2-95.

(2) Metz, 20 décembre 1819 ; R. J. G. D. V^o Vol 177 ; C. civ. annoté Dalloz, art. 161, n^{os} 17 et 18.

(3) LE GRAVEREND : *Législation Criminelle*, t. 1, p. 50.

statuer sur le jeu de l'article 357 au cas de rapt par violence. Le seul arrêt dont on serait tenté de tirer argument (1) indique que « l'article 357 se rattache intimement à l'article 356 par la place qu'il occupe et les prévisions qu'il formule ». Il ne saurait en résulter obligatoirement que l'exception est inapplicable au rapt par séduction.

Cette interdiction s'exercer des poursuites est temporaire car la loi décide que l'auteur de l'enlèvement pourra être condamné « sur la plainte des personnes qui, d'après le Code civil, ont le droit de demander la nullité du mariage, après que la nullité du mariage aura été prononcée ».

Conditions d'application. — Il apparaît, à la lecture de l'article 357, que, pour intenter des poursuites, une plainte est à la fois nécessaire et suffisante, alors qu'il faut un jugement prononçant l'annulation du mariage pour condamner l'accusé.

En fait, la situation n'est pas aussi simple. Plusieurs difficultés que nous allons étudier se présentent.

Difficultés toutes théoriques d'ailleurs, puisque, comme le note Garçon « la jurisprudence ne paraît pas les avoir tranchées » ; ce dont on peut sans doute conclure que « le Ministère Public accepte en pratique les solutions les plus rigoureuses » (2).

Pour que l'exercice de l'action publique soit possible, il faut, en premier lieu, une plainte expresse émanant de l'une des personnes qui, d'après le Code civil ont le droit de demander la nullité du mariage.

Le législateur semble avoir envisagé une seule cause de nullité du mariage : le défaut de consentement des parents. En fait, l'union peut se trouver viciée pour d'autres motifs : clandestinité, bigamie du séducteur... Si l'on s'en tenait à la lettre du texte, dans ces dernières hypothèses, la demande

(1) Cass., 8 avril 1858 ; B. 117, p. 192.

(2) GARÇON : art. 354-357, n° 77.

en nullité pourrait émaner de tous intéressés, voire du Ministère Public. Tel n'est pas l'esprit de la loi et les auteurs sont d'accord pour admettre que les parents de la fille enlevée, qui ont le droit de provoquer l'annulation du mariage, sont seuls qualifiés pour porter plainte.

N'est-ce pas cependant pousser un peu loin l'interprétation restrictive ? Pourquoi ne pas reconnaître ce droit à la victime, dont le consentement a peut-être été vicié, et qui a la possibilité d'intenter l'action en nullité ?

* * *

La plainte, insuffisante pour permettre la condamnation du coupable, peut, d'après une certaine doctrine, autoriser l'exercice de l'action publique (1).

Les partisans de ce système, font valoir, outre l'argument tiré de la rédaction de l'article 357, les débats devant le Conseil d'État, et enfin le fait que les preuves du délit pourraient disparaître pendant l'instance civile.

Ceux qui ne partagent pas cette manière de voir, objectent qu'il est inutile de jeter le trouble dans la famille par l'ouverture d'une information, tant que le mariage n'a pas été dissous, alors qu'il ne le sera peut-être jamais !

Ils font remarquer que les parents intéressés ne sont pas toujours obligés de poursuivre l'annulation du mariage et que « le juge d'instruction ne serait pas forcé de mettre l'inculpé en liberté provisoire et pourrait légalement le détenir pendant tout le temps de l'instance (*sic*) (2) ».

Ces objections ne sauraient entraîner notre conviction. Nous nous refusons à croire que le seul fait d'une information puisse, à lui seul, désunir plus la famille que le dépôt

(1) CARNOT : sous art. 357 ; HOFFMANN : III, 686.

(2) GARÇON : art. 354-357, n° 80 ; GARREAU : IV, 630 ; BLANCHE : T. V., n° 323, p. 365 ; CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : t. VI, p. 390.

de la plainte et l'enquête officieuse diligentée par le Parquet auront pu le faire. Il est à prévoir qu'après avoir porté plainte, les parents poursuivront leur action contre le ravisseur de leur fille. Enfin, si, dans la législation du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, l'inculpé ne pouvait pas être mis en liberté provisoire, le juge d'instruction n'était pas obligé de le détenir. De nos jours, l'argument n'a conservé aucune valeur.

Mangin (1) a formulé une objection plus sérieuse. L'action publique, a-t-il écrit, a pour but l'application des peines et ne peut s'exercer si le fait n'est pas punissable, ce qui est le cas pour le rapt, tant que le mariage n'a pas été annulé.

N'est-ce point là un sophisme ? Nous nous trouvons en présence d'un individu qui, par définition, a commis un enlèvement de mineure, crime puni par la loi, et qui, pour se défendre oppose une fin de non recevoir, dont il doit rapporter la preuve : le mariage. La situation est-elle si différente de celle que nous avons l'habitude de voir devant les Tribunaux, lorsque se pose une question préjudicielle ? Par exemple de celle d'un individu soupçonné de vol qui présente un pseudo titre de propriété de l'objet volé, titre visiblement sans valeur, contesté par la victime de la soustraction ?

Il importe de se demander comment les choses se passeront dans la pratique. Les parents constatent que leur fille a été enlevée ; ils déposent immédiatement une plainte. Pour rechercher l'auteur du crime avec le maximum d'efficacité le Procureur de la République n'aura souvent d'autres ressources que de saisir le juge d'instruction...

Supposons alors le coupable découvert, grâce aux dépositions reçues et aux renseignements recueillis. A cet instant, coup de théâtre : le criminel justifie être marié avec sa victime depuis l'enlèvement ! Que deviendra la procédure ?

(1) *L'action publique* : t. I, n° 145.

Si l'on veut être logique, il faudra tenir ce qui a été fait pour non avenu, rendre un non-lieu et remettre en liberté l'auteur de l'enlèvement s'il a été arrêté...

Il est indéniable que l'exigence d'un jugement (et il serait normal d'admettre que celui-ci doit être définitif) avant toute poursuite peut avoir des conséquences les plus fâcheuses, et tout d'abord causer la disparition des preuves pendant les mois d'inaction.

Les parents, peu fortunés, ont-ils besoin de solliciter le bénéfice de l'assistance judiciaire avant toute procédure ? Le défendeur, après n'avoir pas constitué avoué, fait-il opposition et dénie-t-il les faits ? Une enquête s'avère-t-elle nécessaire ? Le défendeur interjette-t-il appel du jugement prononçant la nullité ? L'ouverture de l'information sera retardée d'une durée considérable. Il est fort probable que le coupable en profitera, sinon pour se mettre à l'abri des poursuites, tout au moins pour rendre inexécutable la condamnation que la Cour d'Assises lui infligera par contumace.

Chauveau et Faustin-Hélie (1), dans leur étude sur le Code pénal, ont soutenu que, lorsque l'annulation du mariage était chose acquise la plainte n'était plus exigée ; qu'il n'existait plus alors aucun intérêt de famille portant obstacle à l'action publique, puisque l'instance civile avait donné au fait incriminé une large publicité ; qu'enfin, le mariage étant annulé, le Ministère Public retrouvait sa pleine liberté d'action.

Divers auteurs (2) ont formulé un avis différent qu'ils fondent sur le fait que l'article 347 ne fait aucune distinction et n'autorise la poursuite que sur la plainte même des personnes qui ont le droit de faire annuler le mariage. Nous nous rangerons à cette dernière opinion.

(1) T. VI, p. 388.

(2) MORIN : V^o Rapt ; BLANCHE : t. V, n^o 322 ; GARRAUD : t. 4, n^o 630, p. 658 ; R. J. G. D. Crimes et délits contre les personnes, n^o 301.

Situation des complices. — Au cours de notre étude sur l'article 380 du Code pénal, nous avons signalé que la jurisprudence admet, en principe, que les complices d'un crime ou d'un délit sont punissables, alors même que l'auteur principal ne l'est pas, sous la seule condition que l'infraction principale subsiste.

La Cour d'Assises de la Seine a fait l'application de cette règle générale contre le complice d'un enlèvement de mineure suivi du mariage de l'auteur avec sa victime (1). La Cour de Cassation (2), estimant que l'exception couvrirait le mariage lui-même beaucoup plus que le ravisseur, a conclu avec opportunité à l'impossibilité de poursuivre le complice sans que le mariage ait été préalablement annulé. Cette décision paraît avoir reçu l'approbation de la doctrine (3).

Enlèvement d'une femme mariée mineure. — Pour envisager les rapports du mariage avec l'enlèvement de mineure, il nous faut encore rechercher quelles conséquences découlent du fait que la victime est mariée. Un arrêt assez curieux de la Cour de Cassation (4) nous renseigne sur ce point. Par cette décision, la Cour a jugé que l'enlèvement d'une femme mariée mineure ne doit pas être poursuivi en l'absence de plainte du mari. Les magistrats ont considéré que l'enlèvement d'une femme mariée présente les caractères d'un adultère. Cette théorie nous paraît contestable. Il suffit de confronter les textes pour se rendre compte que ces deux infractions sont de natures très différentes et que l'enlèvement d'une femme est autre chose qu'un adultère aggravé. Nous sommes donc d'accord pour conclure, avec Blanche, que ce crime peut être poursuivi « à la condition

(1) 26 mars 1834; R. J. G. D., V^o Complicité, n^o 75.

(2) Rej., 2 octobre 1852; D. P., 52-1-312; B. 335, p. 562.

(3) CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : t. VI, p. 390; BLANCHE : t. V, n^o 324, p. 366; GARRAUD : t. 4, n^o 630, note 30, p. 657.

(4) Rej., 1^{er} juillet 1831; B. 155, p. 275; BLANCHE : t. V, n^o 306, p. 350.

que le Ministère Public ne relève pas, dans la poursuite, le délit d'adultère (1) ».

Attentat à la pudeur sans violence

Notre législation pénale pose en principe que les attentats à la pudeur, commis sans violence sur des mineurs de plus de 13 ans, ne sont pas punissables. Elle admet une dérogation à la règle lorsque l'auteur du crime est un ascendant ; ce qui a permis de penser que le crime d'inceste était à nouveau puni. Pourtant l'attentat à la pudeur sans violence ne peut être l'objet de poursuites quand la victime a été émancipée par le mariage.

Cette disposition, introduite par la loi du 13 mai 1863, n'a, semble-t-il, pas donné lieu à des difficultés dans son application. Le législateur a considéré que l'autorité des ascendants se relâche après le mariage et que chacun des époux, plus averti de la vie, trouve en son conjoint un appui contre les entreprises de ses ascendants. Il lui est apparu que le descendant n'avait alors plus besoin d'être défendu de façon particulière.

On ne saurait étendre l'exception ainsi créée au cas d'émancipation volontaire par les père et mère. Une simple déclaration de l'ascendant ne peut en effet lui assurer l'impunité, alors qu'elle n'apporte en fait aucune aide à la victime dont la situation juridique est la seule à changer

Viol

Le viol est constitué par une conjonction sexuelle illicite avec une femme, sans le consentement de celle-ci. Il res-

(1) *BLANCHE* : t. V, n° 306, p. 351.

sort de cette définition que les rapports normaux d'un mari avec son épouse, même exercés contre la volonté de celle-ci, ne peuvent donner lieu à des poursuites pour viol. Ce point n'est d'ailleurs plus discuté.

Secret de la correspondance

Jusqu'en 1922 le délit de violation de la correspondance ne pouvait être retenu s'il était commis par un simple particulier. Une loi du 15 juin 1922 a prévu que « toute suppression, toute ouverture de correspondances adressées à des tiers, faite de mauvaise foi sera punie... »

La question s'est posée devant les Tribunaux de savoir si le mariage créait un obstacle à l'application entre époux de cette nouvelle disposition légale.

Antérieurement à la loi du 17 février 1938, l'article 213 du Code civil astreignait la femme à un devoir d'obéissance envers son mari. La jurisprudence reconnaissait au mari un droit de contrôle et de surveillance sur la correspondance de son épouse. C'est pourquoi les Tribunaux répressifs décidaient que la violation du secret des lettres adressées à la femme ou envoyées par elle ne constituait pas une infraction pénale (1).

D'après M. Nast (2), depuis 1938 l'autorité domestique sur l'épouse ne serait plus reconnue par la loi. Il en résulterait que les pénalités prévues par l'article 187 du Code pénal pourraient être appliquées au mari. Nous ne saurions partager cette opinion. Certes, le législateur a supprimé l'obligation d'obéissance, mais le mari demeure le « chef de la famille », et, en cette qualité on ne peut lui contester le

(1) Bordeaux, 15 mars 1929 ; *Gaz. Pal.*, 1929-2-81 ; S., 1929-2-118 ; Pau, 4 juillet 1934 ; *Gaz. Pal.*, 1934-2-398.

(2) Cf. commentaire de M. Nast, sous le nouvel art. 213, C. Civ. ; D. P., 1939-4-3.

droit de contrôle sur la correspondance de tous les membres de la famille.

L'infraction à l'article 187 du Code pénal a été classée parmi les crimes et délits contre la chose publique, alors que le vol, l'abus de confiance et l'escroquerie figurent dans les crimes et délits contre les particuliers.

La violation du secret des lettres n'a pas pour objet direct l'appropriation du bien d'autrui. De plus, l'expéditeur et le destinataire ont ensemble des droits sur la lettre à partir de l'instant où elle a été mise à la poste. Si elle est soustraite il y a une atteinte à la fois aux intérêts des deux (1).

Recel de malfaiteur ou d'insoumis

Le recel de malfaiteur ou d'insoumis, punissable en général, ne l'est plus lorsqu'il est commis par un époux au bénéfice de son conjoint.

En édictant cette exception le législateur a vraisemblablement été poussé par des raisons sentimentales. Peut-être a-t-il entrevu, en outre, le conflit de devoirs qui peut résulter du recel pour assurer l'impunité à l'auteur de l'infraction ?

Au point de vue juridique, il convient de noter que la loi n'autorise pas la femme à s'opposer au retour de son mari, même coupable d'un crime, et au séjour de celui-ci à son domicile (2). Le Code civil fait même une obligation au mari de recevoir son épouse.

Quoi qu'il en soit, il est difficile de justifier cette exception si l'on tient compte de ce qu'elle survit à la dissolution du mariage en cas de divorce.

Signalons que le Code pénal n'a pas prévu une exception

(1) Cf. les discussions doctrinales relatives à la formation des contrats par correspondance et *Rej.*, 2 avril 1864 ; *D. P.*, 64-1-396 ; *B.* 84, p. 142.

(2) *Paris*, 30 janvier 1917 ; *J. des Parquets*, 1917-2-81.

immunité analogue en faveur des complices ou coauteurs d'une évasion. Pourtant la Cour de Paris, le 15 mars 1816 (1) en a fait bénéficier la femme et le domestique d'un individu, dont ils avaient aidé l'évasion. Motif pris de ce qu'ils ne pouvaient « à raison de l'obéissance passive à laquelle ils se trouvent réduits, être considérés comme coupables d'une participation volontaire et active aux faits » de l'évasion.

Un tel argument nous paraît sans valeur et l'extension juridiquement injustifiable (2).

ÉTAT DE MARIAGE

OBSTACLE PARTIEL A LA RÉPRESSION

L'état de mariage peut constituer un obstacle partiel à la répression et empêcher de retenir une circonstance aggravante de l'infraction.

Il en est ainsi dans deux cas.

Mendicité

La mendicité en réunion constitue un délit plus grave que la mendicité simple et les peines applicables sont beaucoup plus élevées.

La loi prévoit que lorsque deux époux mendent ensemble ce fait ne peut être relevé pour aggraver la situation de chacun des délinquants (art. 276, § 3 du Code pénal).

(1) R. J. G. D., V^e Evasion, n^o 58, note 1.

(2) A fortiori, depuis la loi du 17 février 1938.

Vol

La Cour de Cassation, appelée à statuer sur le point de savoir si une femme pouvait être considérée comme servant habituellement dans la maison de son mari et si le vol qu'elle commettait dans cette maison au préjudice de tiers qui s'y trouvaient pouvait donner lieu à l'application de l'article 386, § 3 du Code pénal, a admis la négative (1).

Cette décision ne saurait être critiquée : la femme n'est point au domicile du mari à titre de préposée, mais à celui d'épouse. Ce n'est pas en vertu d'un contrat de travail qu'elle se trouve dans la maison de son mari, mais en raison des obligations que lui impose le Code civil. S'il lui arrive d'apporter une aide à son conjoint, elle le fait en qualité d'associée, de copropriétaire, de maîtresse de maison et ne peut en aucun cas être assimilée à une domestique infidèle.

ÉTAT DE MARIAGE

CAUSE D'AGGRAVATION DE LA RÉPRESSION

L'état de mariage, qui met parfois obstacle à l'exercice de poursuites contre un délinquant ou le fait bénéficier d'une réduction de peine, peut aussi aggraver la situation du coupable. Il en est ainsi pour les attentats à la pudeur et les meurtres.

D'une part, il donne naissance à une autorité de fait qui constitue une circonstance aggravante des attentats à la pudeur. D'autre part, il empêche d'accorder le bénéfice de l'excuse de provocation au cas de meurtre d'un époux par son conjoint, si la vie du meurtrier n'avait pas été mise en danger.

(1) Cass., 15 avril 1830 ; *J. du Dr. Crim.*, t. 2, p. 274.

Attentat à la pudeur

Nous avons vu que le viol d'une femme par son mari ne pouvait se comprendre en droit. Par contre, les attentats à la pudeur entre époux sont possibles si le mari use de violences pour se livrer sur son épouse à des actes contre nature. La jurisprudence a, depuis longtemps, admis que le crime se trouve aggravé en raison de l'autorité exercée par le mari sur son épouse (1).

La loi du 17 février 1938 ayant modifié l'article 213 du Code civil qui imposait le devoir d'obéissance, peut-être pourrait-on soutenir que l'article 333 ne joue plus entre gens mariés ? Nous ne le pensons pas. Si les dispositions récentes ont diminué l'autorité légale du mari, elles ne l'ont pas supprimée entièrement, puisqu'il reste « chef de la famille ». Celui-ci conserve intacte son autorité de fait (2).

Le mariage donne encore naissance à une autorité de droit ou de fait entre l'un des époux et d'autres personnes. Il en est ainsi notamment entre le beau-père et les enfants, naturels ou issus d'un premier lit, de sa femme (3). Les Cours d'Assises ont consacré cette situation à de multiples reprises. La Cour de Cassation a dû apprécier la validité de nombreuses décisions, et il est possible de tirer des arrêts rendus quelques règles jurisprudentielles.

La déclaration du jury indiquant que l'accusé était le beau-père de sa victime, alors mineure, suffit pour établir l'autorité de fait sans qu'il y ait lieu de rechercher si l'auteur

(1) Cass., 1^{er} mai 1854 ; B. 161 ; S., 54-1-577 ; D. P., 54-1-262 ; Cass., 21 novembre 1839 ; B. 355 ; S., 39-1-817 avec le réquisitoire de Dupin ; D., Attentat aux mœurs, 78.

(2) Sans doute les Présidents d'Assises modifieront-ils en conséquence les questions aux jurés pour éviter toutes difficultés. Cette mesure ne s'impose nullement à notre avis.

(3) Cf. La nombreuse jurisprudence rapportée par Garçon, art. 331 à 333, nos 138-139 ; par les auteurs du Code pénal, annoté Dalloz, art. 33, nos 77 et suiv.

du crime avait ou n'avait pas la cotutelle des enfants ou s'il habitait avec eux (1).

Lorsque la victime est majeure, il devient nécessaire de préciser dans le verdict les circonstances qui justifient l'aggravation de la peine (2).

Après la dissolution du mariage, l'article 333 reste applicable en certains cas. Par exemple, lorsque l'enfant a continué la cohabitation avec son beau-père. Il y a lieu alors d'indiquer les raisons pour lesquelles l'autorité de fait dont jouissait l'accusé a survécu au mariage.

Meurtre d'un époux par son conjoint

Le Code pénal dispose que « le meurtre ainsi que les blessures et les coups sont excusables s'ils ont été provoqués par des coups ou violences graves envers les personnes ». Il prévoit deux exceptions : l'une pour le parricide, la seconde pour l'uxoricide. Nous nous occuperons seulement de cette dernière.

Le législateur n'a pas voulu que les violences entre époux, même graves, pussent se terminer par un meurtre sans qu'une condamnation sévère vint frapper le conjoint homicide. Aussi a-t-il décidé que l'auteur de ce meurtre ne serait pas excusable « si la vie de l'époux ou de l'épouse qui a commis le meurtre n'a pas été mise en péril dans le moment même où le meurtre a eu lieu ». (Art. 324.)

Cette dérogation à la règle fixée par l'article 321 du Code pénal ne doit pas être étendue aux coups et blessures et l'excuse de provocation peut être admise pour ce délit dans les mêmes conditions que lorsque l'infraction est commise entre étrangers.

(1) Cass., 16 février 1837 ; B. 51 ; R. G. J. D., Attentat aux mœurs, V^o 114 ; Cass., 2 mai 1844 ; B. 157 ; R. G. J. D., *ibid.*, 115 ; Cass., 30 août 1855 ; B. 303 ; D. P., 55-1-415.

(2) Voir Cass., 30 août 1855, précité.

L'interprétation du texte de l'article 324 est assez délicate. Quand la vie du meurtier a été en danger, la légitime défense peut, en effet, justifier le crime.

Certains auteurs (1) en ont conclu qu'entre époux la légitime défense constituait une simple excuse. Une objection sérieuse doit être faite à cette théorie et empêche de l'admettre.

La légitime défense apparaît comme un droit absolu. Son application au crime de parricide, pourtant plus grave, n'est pas contestée. Il semble d'ailleurs anormal d'interdire toute défense à un époux contre la vie duquel attente son conjoint.

Une partie de la doctrine (2) a soutenu que, dans l'hypothèse où la vie du meurtrier aurait été menacée, celui-ci serait excusé s'il pouvait se sauver par un moyen différent de l'homicide : fuite ou appels, et qu'il serait justifié s'il avait tué alors qu'il ne pouvait agir autrement.

Un tel raisonnement nous paraît avoir le mérite de faire une exacte appréciation des faits qui peuvent accompagner le meurtre et de constituer une juste application des notions d'excuse et de légitime défense.

Garçon l'a critiqué, sans grande conviction, en prétendant qu'une distinction aussi subtile n'avait pu être prévue par les auteurs du Code pénal. Rien ne permet d'affirmer que la différence a échappé au législateur de 1810. Il faut remarquer que cette théorie est la seule conciliable avec les textes.

Le meurtre (3) d'un époux par son conjoint est cependant

(1) MORIN, V^o Défense légitime, n^o 7.

(2) BLANCHE : t. V, n^o 46; CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : t. IV, p. 1461; GARRAUD : II, 137.

(3) La Cour d'Assises d'Alger (3 mai 1879 ; S., 80-2-20), a jugé que l'excuse ne pouvait jouer en faveur de l'époux coupable de coups et blessures ayant entraîné la mort sans intention de la donner. Cette décision ne paraît pas rationnelle : si le mari tue sa femme en voulant la tuer son meurtre est excusable, s'il la blesse mortellement sans intention homicide son crime n'est plus excusable.

excusable lorsque le mari a tué sa femme, alors qu'il l'avait surprise en flagrant délit d'adultère au domicile conjugal. Cette disposition traditionnelle (1) se justifie mal en droit moderne. Si elle était causée par la colère subite de l'époux trompé qui enlèverait à celui-ci une partie du contrôle de ses actes, la femme meurtrière devrait pouvoir en bénéficier dans des circonstances analogues.

Ce fondement de l'excuse semble pourtant avoir été adopté comme un principe. Deux conséquences importantes en ont été tirées : le complice ne peut s'en prévaloir, et elle ne joue pas en matière d'assassinat.

Il ne faut pas d'ailleurs s'illusionner sur la portée pratique de l'article 324, car les conditions imposées par la loi pour que le meurtre d'un époux par son conjoint soit excusable sont si strictes que la défense préfère plaider l'acquittement plutôt que demander à la Cour de poser la question d'excuse aux jurés.

RÉPERCUSSIONS DE L'ÉTAT DE MARIAGE SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE RÉSULTANT D'UNE INFRACTION PÉNALE

En droit français un individu n'est jamais pénalement responsable d'une faute qu'il n'a pas personnellement commise ; mais sa responsabilité civile se trouve parfois engagée par l'infraction pénale d'un autre.

L'état de mariage ne crée, en principe aucune, obligation pour l'un des conjoints d'assumer la réparation civile d'un crime, d'un délit ou d'une contravention dont son époux serait l'auteur (2).

(1) JOUSSE : t. III, p. 491 et les auteurs cités ; MUYARD DE V. : *Lois criminelles*, p. 169 ; MORIN : *op. cit.* V^o Provocation, 15.

(2) CHAUVÉAU et FAUSTIN-HÉLIE : t. II, p. 296 ; GARRAUD : t. II, n^o 6 ; H. LALOU : *La responsabilité civile* (2^e édition, Dalloz, 1932), n^o 1.094, p. 506.

Le Code pénal renvoie au Code civil (1) pour déterminer les personnes tenues à la réparation des infractions commises par les tiers. L'article 1384 du Code civil précise que l'on est responsable du dommage causé du fait « ... des personnes dont on doit répondre... » Expression vague qui, en 1810-1811, a incité des Tribunaux à retenir le mari comme civilement responsable de son épouse. La Cour de Cassation n'a pas admis cette jurisprudence (2).

Il est certain que les termes employés au début de l'article 1384 ne sont pas aussi généraux qu'ils le paraissent de prime abord. La liste limitative (3) de ceux dont « on doit répondre » est dressée dans ce même article. Nous y trouvons les parents, à l'égard de leurs enfants mineurs, quand ils habitent ensemble ; les employeurs à l'égard de leurs préposés pour les actes accomplis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ; les instituteurs à l'égard de leurs élèves... Les maris et les femmes n'y figurent pas.

Un second argument de texte corrobore cette interprétation : l'article 1424 du Code civil dispose en effet que « les amendes encourues par la femme ne peuvent s'exécuter que sur la nue propriété de ses biens personnels, tant que dure la communauté ». Il est difficile de dire en des termes plus explicites que le mari ne sera pas tenu des conséquences dommageables de l'infraction commise par son épouse.

Diverses lois particulières apportent quelques exceptions au principe général. En matière de police rurale, l'article 7, titre de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791, rend le mari civilement responsable de l'infraction commise par la

(1) Sauf en ce qui concerne la responsabilité des aubergistes dont la responsabilité civile est réglée par l'art. 73, du C. p.

(2) Sous l'impulsion du Procureur général Merlin. Cf. MERLIN : *Recueil alphabétique des questions de Droit* (3^e édition, Paris, 1820), t. IV, V^o Mari, § 1 et 2, p. 225 et suiv. Parmi les décisions récentes on pourra consulter *Rej.*, 15 décembre 1911 ; B. 389 ; D. P., 1913-1-22 ; *Rej.*, 22 janvier 1914 ; B. 43.

(3) H. MAZAUD et L. MAZAUD : *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, n^o 716, la jurisprudence et les auteurs cités.

femme (1). Il en est de même pour les délits forestiers (art. 206 du Code forestier), pour les délits de pêche côtière (art. 12 du décret du 9 janvier 1852). Dans ces derniers cas, la responsabilité doit être réglée conformément aux dispositions du dernier paragraphe de l'article 1.384 ; c'est-à-dire que le mari peut se libérer en prouvant qu'il lui a été impossible d'empêcher le fait.

La responsabilité du mari se trouve encore engagée, en vertu de l'article 1.383 du Code civil, lorsque celui-ci n'a pas empêché sa femme de commettre l'infraction, bien qu'il en ait eu la possibilité (2). Il faut alors faire la preuve, sinon d'une véritable faute à la charge du mari, au moins d'une négligence ou d'une imprudence grave.

Ainsi que l'a écrit Sourdat dans son traité sur la responsabilité (3) : « Les Tribunaux devront se montrer rigoureux sur cette preuve ; et, pour admettre la responsabilité, il faudra qu'il soit parfaitement démontré que le mari a connu, soit l'existence du fait dommageable au moment où il s'est commis, soit le dessein qu'avait la femme de le commettre, qu'il était à même de l'empêcher, ou que l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de le faire provenait d'une faute de sa part. »

Ces exigences expliquent le très petit nombre d'espèces publiées et l'on peut en déduire la rareté des applications pratiques de la règle (4, 5).

Enfin, l'un des époux est civilement responsable de

(1) Cependant la contravention de maraudage sanctionnée par l'article 475, § 15 du Code pénal, depuis la loi du 28 avril 1832 ne peut engager la responsabilité civile du mari. *Rej.*, 14 novembre 1840 ; B. 328.

(2) CHAUVÉAU et FAUSTIN-HÉLIE : t. 2, n° 296 ; cf. *R. J. G. D.*, V° Responsabilité civile, n° 594 et les auteurs cités.

(3) SOURDAT : *Traité de la Responsabilité*, t. 2, n° 851.

(4) C. Bordeaux, 25 novembre 1831 ; *R. J. G. D.*, n° 594, note 1 ; *Rej.*, 21 octobre 1901 ; *D. P.*, 1901-1-524. Avec le rapport du Conseiller Letellier ; *Trib. Civ. Nevers*, 8 janvier 1930 ; *Gaz. Pal.*, 1930-1-483.

(5) Bien que la loi du 17 février 1938 ait maintenu au mari sa qualité de « Chef de famille » les Tribunaux devront se montrer encore plus stricts que par le passé puisque la femme ne doit plus obéissance au mari.

l'infraction commise par son conjoint, lorsque celui-ci occupe les fonctions de préposé. C'est là une application particulière de l'article 1.384, paragraphe 3 du Code pénal. Il est donc nécessaire que le mari exerce une autorité spéciale, en qualité de commettant ou de patron et que le délit soit commis dans l'exercice de la profession et à l'occasion de celle-ci.

Plusieurs décisions ont consacré cette manière de voir (1). Des auteurs avaient pourtant contesté que la femme pût avoir son mari pour préposé (2). Nous ne croyons pas que le principe d'ordre public sur lequel ils fondaient leur argumentation puisse être encore invoqué utilement depuis la loi du 17 février 1938, alors que le devoir d'obéissance et l'incapacité de la femme mariée ont disparu.

(1) Notamment Civ., 8 novembre 1937 ; *Gaz. Pal.*, 1938-1-43.

(2) PLANIOL-RIPERT et ESMEIN : t. IV, n° 646.

QUATRIÈME PARTIE

Preuve du mariage dans ses rapports avec le droit pénal

La preuve du mariage dans ses rapports avec le droit pénal a donné naissance à plusieurs difficultés juridiques qui ont motivé de nombreuses controverses doctrinales et des solutions jurisprudentielles diverses.

La question de la preuve du mariage peut être envisagée sous deux aspects : d'une part, devant la juridiction répressive, et il s'agit de savoir si l'existence ou la validité d'un mariage forme une question préjudicielle ; d'autre part, devant la juridiction civile, et il importe de rechercher dans quelle mesure s'applique le principe de l'autorité de la chose jugée au criminel.

PREUVE DU MARIAGE DEVANT LES JURIDICTIONS PÉNALES

Nous avons admis, au cours des précédents chapitres, que l'existence et la validité du mariage n'étaient contestées, ni par l'inculpé, ni par le Ministère Public. En fait, il n'en est pas toujours ainsi et la question de la preuve du mariage

se pose parfois devant les tribunaux répressifs. Elle mérite, à ce titre, une étude particulière.

Le problème de la preuve du mariage à l'occasion d'une instance pénale se présente tantôt de façon principale, tantôt de façon incidente.

Dans le premier cas (1), le fait de la célébration se trouve mis en doute lors d'une poursuite pour suppression d'état, dans l'hypothèse où les registres de l'état civil d'une commune ont été volontairement altérés, lacérés ou détruits. La preuve de l'union sera rapportée par témoins devant le Tribunal répressif ou le Tribunal civil, conformément aux dispositions de l'article 46 du Code civil. Une solution identique interviendra quand la preuve de la célébration aura été compromise par un faux ou l'inscription de l'acte sur une feuille volante. La preuve de la célébration résultera, dans l'avenir, de la procédure criminelle et s'établira par l'inscription du jugement ou de l'arrêt qui sera faite, conformément aux dispositions de l'article 198 du Code civil, sur les registres de l'état civil.

Dans le second cas, l'existence ou la validité du mariage se trouve mise en doute à l'occasion d'un débat quelconque devant un Tribunal de répression. Ceci se produit, non seulement lorsque le mariage constitue un élément du délit comme en matière de bigamie ou d'adultère, mais encore quand il assure l'immunité totale ou partielle de l'accusé ou aggrave la situation de celui-ci. Enfin, l'état de mariage entre l'accusé et une autre personne peut être discuté dans tous débats, à l'occasion de l'audition d'un témoin.

Pour étudier la question posée aux juridictions pénales par l'état de mariage, exception préjudicielle, nous l'exami-

(1) Ce premier cas ne donne lieu à aucune difficulté au sujet des modes de preuves du mariage devant les juridictions répressives, aussi, pour l'instant, ne nous étendrons-nous pas à son sujet. Nous aurons l'occasion d'y revenir à la fin de cette partie en étudiant l'autorité de la chose jugée.

nerons en premier lieu telle qu'elle se pose en matière de bigamie et d'adultère.

Généralités

Le droit, pour un Tribunal répressif de statuer sur des exceptions qui devraient normalement échapper à sa compétence n'est pas inscrit dans le Code.

La règle selon laquelle « le juge de l'action est le juge de l'exception, justifiée par la nécessité pratique d'éviter les lenteurs et complications dans les procédures, existait déjà en droit romain (1). Notre ancienne législation l'avait admise et, selon toute vraisemblance, c'est par un oubli qu'elle n'a pas été reprise par les auteurs du Code d'instruction criminelle.

L'initiative du Président Barris a remédié à cette lacune : le 5 novembre 1813, ce haut magistrat a saisi la Cour de Cassation d'un véritable projet d'arrêt de règlement, qui, après discussion, le 12 novembre 1813, a été approuvé à l'unanimité. Le Procureur général près la Cour de Cassation avait, antérieurement, dès le 3 novembre, donné son adhésion aux règles proposées.

Nous ne citerons pas in-extenso le texte de la décision rendue le 12 novembre, connue sous le nom de « Note du Président Barris ». Elle pose en principe général que, sauf dérogation expresse, prévue par la loi, les juridictions de répression ont qualité pour connaître des actions incidentes au débat pénal. Voici le passage qui vise les poursuites pour bigamie :

(1) Quoties questio status bonorum disceptationi occurrit, nihil prohibet quominus apud eum, qui alioquin super causa status cognoscere non possit disceptatio terminetur. *Livre 3 au C. de judiciis.*

« 8° Si un individu, accusé de bigamie, propose pour moyen de défense, la nullité de son premier mariage, la Chambre d'Accusation ou la Cour d'Assises devront-elles surseoir à la mise en accusation ou aux débats, ou à la condamnation et renvoyer devant les tribunaux civils, pour y être préalablement statué sur la validité de l'acte du premier mariage ? »

« Cette question se décide par une distinction » :

« Ou bien il s'agit d'une nullité absolue, c'est-à-dire d'une de ces nullités à raison desquelles le Ministère Public peut et doit demander la nullité du mariage, ainsi qu'il lui est prescrit par l'article 190 du Code civil, et qui sont rappelées dans l'article 184 du même Code, sous la modification portée dans l'article 185 ; et, dans ce cas, il y a lieu à surseoir et à renvoyer devant les tribunaux civils. La nullité absolue n'opère pas, en effet, une simple résolution ou dissolution du mariage ; elle fait que ce lien n'a jamais existé ; et, d'après l'article 340 du Code pénal, il n'y a crime de bigamie que dans un second mariage contracté par celui qui est engagé dans les liens d'un premier mariage. Ce genre de nullité qui exclut, quand la nullité existe, le fait de la prévention ou de l'accusation, ne peut être jugé par les tribunaux criminels, parce que l'état civil du prévenu dépend du jugement qui doit être porté, et que les tribunaux civils, d'après l'article 326 du Code civil, sont seuls compétents pour statuer sur les questions d'état. »

« Ou bien la nullité proposée par le prévenu de bigamie, contre son premier mariage, n'est que relative, c'est-à-dire qu'elle ne rentre pas dans les articles 144, 147, 161, 162 et 163 du Code civil, le dit article 144 appliqué avec la modification de l'article 185 ; et dans ce cas, il n'y a lieu ni à sursis ni à renvoi. L'exception de cette espèce de nullité fût-elle prouvée, ne détruirait point l'accusation, parce que, si le mariage pouvait être dissous par un jugement sur

cette nullité, il n'en était pas moins valable jusqu'à ce que cette dissolution fût prononcée par les tribunaux. Le prévenu était donc jusqu'alors engagé dans les liens d'un premier mariage. Son second mariage l'a donc rendu coupable du crime de bigamie, tel qu'il est caractérisé par l'article 340 du Code pénal. »

« La Chambre d'Accusation ou la Cour d'Assises a, sans difficulté, caractère pour décider dans quels articles du Code Civil rentre la nullité proposée par le prévenu, et conséquemment pour rejeter l'exception, si elle ne leur paraît porter que sur une nullité relative. »

Bigamie

Le délit de bigamie exige, pour être constitué, qu'un individu, déjà engagé dans les liens d'une première union légitime contracte un second mariage.

Étude de la question préjudicielle. — Le premier mariage doit être valable.

Il est évident qu'une personne, libre de tous liens, peut s'engager sans commettre un délit et ne saurait être l'objet de poursuites.

Que l'on prenne la rédaction du Code pénal de 1791 ou celle de 1810, la formule est la même : le législateur sanctionne le fait de « contracter » un second mariage avant la « dissolution » du premier, alors que l'époux est encore « engagé » dans les « liens » de la première union.

Ces termes ne laissent, semble-t-il, aucune place à l'interprétation, alors surtout qu'ils apparaissent comme la codification d'une jurisprudence antérieure, bien fixée, selon laquelle un mariage nul n'était pas un mariage.

Le Code pénal, à l'inverse de certaines législations étran-

gères, ne précise pas que, abstraction faite du vice de bigamie, le second mariage doit aussi être valable.

Dans les recueils, on trouve peu de décisions relatives à la nullité de la seconde union. Sans doute faut-il en chercher le motif dans le fait que, jusqu'en 1933 la tentative était punissable et qu'il était d'un minime intérêt pour l'accusé de voir son deuxième mariage annulé (1), alors qu'il encourait toujours la même condamnation.

L'article 340 du Code pénal exprime avec assez de clarté l'idée du législateur pour que les conséquences de cette nullité ne puissent donner lieu à de sérieuses controverses.

Peut-être, néanmoins, des juristes essayeront-ils un jour, en s'appuyant sur l'autorité du Président Barris et de savants auteurs (2), de soutenir qu'il existe une différence essentielle entre les mariages successifs. Reprendront-ils l'argument de Merlin d'après lequel la seconde union « constitue » seule le crime ? Se refuseront-ils à voir en tous les gens mariés des bigames en puissance ?

La distinction subtile, admise par ces criminalistes, entre les deux mariages ne nous paraît pas exacte, et, à notre avis, la seconde union ne « constitue » pas plus la bigamie que la rétention d'un objet ne « constitue » l'abus de confiance (3).

Si le second mariage est nécessairement le dernier élément du délit, il n'est pas le seul et suppose, au contraire, l'existence d'une précédente union non dissoute, sans laquelle il n'y a pas de délit possible.

Aucun auteur n'a dénié à la preuve du mariage le caractère d'une question préjudicielle. En effet, un système dans lequel un individu serait condamné pour s'être remarié, alors que le Tribunal pourrait décider ensuite que le prétendu

(1) Pour un vice autre que celui de bigamie.

(2) MERLIN, CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE, DALLOZ...

(3) DONNEDIEU DE VABRES : *Traité élémentaire de Droit criminel*, n° 1.171, note 5.

bigame n'a eu pour conjoint qu'une seule personne n'est pas admissible.

Pour éviter une telle anomalie, la doctrine et la jurisprudence ont admis que les difficultés relatives à l'existence et à la validité du mariage doivent être tranchées avant la solution de l'instance pénale.

Le problème posé par les demandes de nullités n'avait pas paru simple à l'origine.

Aux termes de la note du Président Barris, la question préjudicielle était liée au caractère de la nullité invoquée, tout au moins en ce qui concerne le premier mariage. Ce document prévoyait que :

Si la nullité était absolue, il convenait de surseoir aux poursuites puisque la nullité n'opérait pas une simple résolution du mariage, mais faisait que le mariage lui-même n'avait pas existé et qu'il ne pouvait donc pas y avoir de crime.

Si la nullité était relative, il n'y avait pas lieu d'interrompre les poursuites, car la nullité n'empêchait pas le mariage d'avoir existé jusqu'au jour où sa dissolution avait été prononcée par jugement, et, pendant une période plus ou moins longue, l'accusé s'était trouvé simultanément engagé dans les liens de deux unions.

Cette conception, inexacte, sur les conséquences des nullités du mariage, que l'on retrouve encore implicitement dans un arrêt du 16 janvier 1826 (1), a été abandonnée par la Cour de Cassation. La doctrine (2) avait d'ailleurs ouvert la voie à ce revirement de jurisprudence par la critique de la distinction entre les effets des nullités absolues et relatives qui ne repose sur aucun texte de loi.

La nullité trouve sa source à l'occasion du mariage :

(1) B. 10.

(2) DEMOLOMBE : t. III, n° 344 ; AUBRY et RAU : t. 7, § 459, p. 57 ; MANGIN : *Traité de l'action publique*, t. I, p. 474 ; CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : t. 6, p. 296 ; GARRAUD : t. 4, n° 532 ; Contra BOURGUIGNON : t. 1, p. 38 et CARNOT : t. I, p. 93.

elle prend naissance au jour de la célébration et le jugement qui prononce l'annulation se borne à en constater l'existence. Le mariage, déclaré nul ab initio, ne peut produire plus d'effet dans un cas que dans l'autre (1, 2).

La classification en nullités relatives et absolues mérite d'être retenue à un autre point de vue. Les premières sont susceptibles d'être couvertes et ne peuvent être invoquées que par certaines personnes, limitativement énumérées. Enfin, contre elles seules peuvent être opposées des fins de non recevoir.

Qu'advicndra-t-il lorsque l'inculpé invoquera une cause de nullité contre laquelle existe une fin de non recevoir ? Le sort de celle-ci sera-t-il lié à celui de l'exception ?

Nous ne le pensons pas. Il faut reconnaître au Tribunal répressif le droit d'en examiner la valeur (3). Il serait trop facile de mettre obstacle aux poursuites, et, par là, aux condamnations, en alléguant une nullité quelconque, dénuée de tout fondement. Si l'on n'adoptait pas cette règle on aboutirait parfois à des solutions choquantes. On pourrait voir, par exemple, un accusé obtenir un sursis aux poursuites accordé en raison d'une nullité qui, invoquée par lui devant le Tribunal civil ne saurait être admise, la demande étant irrecevable.

La jurisprudence est fixée sur ce point dans le sens que nous indiquons (4).

Jurisdiction compétente pour connaître de la nullité invoquée.

— Les auteurs, d'accord pour admettre que la nullité du mariage constitue une question préjudicielle, ne le sont plus

(1) Cass., 13 avril 1867 ; B. 90 ; D. P., 67-1-353 ; Rennes, 27 août 1879 ; S., 81-2-129 ; D. P., 80-2-189.

(2) Ces effets sont limités par les articles 201 et 202 du Code civil qui ne fait aucune distinction entre les effets de ces deux espèces de nullités.

(3) BLANCHE : t. V, n° 222 ; CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : t. IV, p. 294 ; GARRAUD : t. IV, n° 540.

(4) Cass., 2 avril 1807 ; R. J. G. D., V° Bigamie, n° 42 ; Rej., 8 août 1811 ; CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE : t. 6, p. 295 ; Cass., 17 décembre 1812.

lorsqu'il s'agit de désigner le Tribunal qualifié pour en connaître.

Trois systèmes pouvaient se faire jour, attribuant compétence l'un aux tribunaux répressifs (1), le second aux tribunaux civils (2), le troisième (3) à l'un ou à l'autre suivant qu'il s'agit du premier ou du second mariage. Ils ont tous eu des partisans.

Chronologiquement, le dernier est le plus ancien. C'est celui proposé par le Procureur Général Merlin et le Président Barris, et admis par les magistrats qui ont approuvé la célèbre note de 1813. Ses adeptes considèrent que la juridiction pénale a qualité pour apprécier la régularité du second mariage, mais estiment qu'il faut renvoyer aux tribunaux civils les difficultés relatives au premier.

Nous avons vu que la distinction entre le premier et le second mariage nè repose sur aucune base sérieuse.

Dans la deuxième opinion, émise par Demolombe (4), à laquelle se sont rangés Garraud et Garçon, le Tribunal Correctionnel est toujours compétent pour statuer sur l'exception soulevée devant lui. Les auteurs qui la soutiennent invoquent le principe général posé dans la note du Président Barris, dont ils écartent d'ailleurs l'application particulière au cas de bigamie bien qu'elle ait été prévue de façon spéciale au paragraphe 8. Ils écrivent que la juridiction répressive doit « vérifier tous les éléments du crime

(1) BONNIER : *Traité des preuves*, t. 1, n^{os} 233 et suiv. ; HAUS : *Principes de Droit pénal*, t. II, n^{os} 1.211 et suiv. ; GARRAUD : t. V, n^o 1.905 ; DEMOLOMBE : t. V, p. 254.

(2) BLANCHE : t. V, n^o 225 ; HOFFMANN : *Questions préjudicielles*, t. II, n^{os} 484 et suiv. ; CARNOT : *Commentaire sur le Code Pénal*, t. I, p. 23 ; TRÉBUTIEN : *Cours élémentaire de Droit criminel*, t. II, p. 91.

(3) MERLIN : V^o Bigamie, n^o 2 ; CHAUVEAU et HÉLIE : t. IV, n^{os} 1.677 et suiv. ; LE SELLYER : *Études sur le Droit criminel*, 1875, t. II, n^{os} 678 et suiv. ; MANGIN : *Traité de l'action publique*, t. I, n^o 194 ; GARÇON : art. 340, n^{os} 24 et 25 ; Achille MORIN : V^o Bigamie, n^o 10 ; DERANSART : V^o Bigamie, n^o 2 ; MARCY : *Dictionnaire des Juges d'Instruction*, t. I, V^o Bigamie, n^o 252 ; MASSON : *Étude sur la Bigamie*, p. 154 et suiv.

(4) DEMOLOMBE : t. V, n^o 276 *ter*, p. 256.

qui lui est soumis » et que ses investigations « porteront sur les deux mariages ».

Il serait sans doute souhaitable que la règle en vertu de laquelle le juge de l'action est juge de l'exception, maintes fois sanctionnée par la Cour Suprême, reçoive une application la plus large possible, mais il ne faut pas oublier que son champ d'action se trouve limité par toutes dispositions particulières contraires.

La question de savoir quelle est la juridiction qualifiée se réduit donc à la recherche des textes légaux qui peuvent imposer le renvoi devant le Tribunal civil.

Divers auteurs ont tiré argument des articles 189, 326 et 357 du Code civil pour affirmer la compétence exclusive de la juridiction civile.

L'article 189 dispose que, si les nouveaux époux (bigames) opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit-être jugée préalablement.

Ce texte justifie l'exigence d'un jugement sur la validité de la première union avant le prononcé d'une condamnation contre l'inculpé, mais nous ne croyons pas qu'il soit possible d'en déduire la nécessité de soumettre l'exception de nullité au Tribunal civil, plutôt qu'au Tribunal correctionnel.

Au surplus, il ne permet pas d'attribuer à la juridiction civile la connaissance exclusive de la question préjudicielle soulevée à l'occasion du deuxième mariage.

Le motif tiré de l'article 326 a une toute autre valeur.

C'est en vain, pensons-nous, que l'on essaye de limiter la portée de ce texte à la filiation. Certes, la place occupée par l'article 326 au titre « Des preuves de la filiation des enfants légitimes » permet de soutenir une thèse restrictive, mais l'application de cet article à la filiation des enfants naturels n'est contestée par personne et nous trouvons là une première raison pour ne pas adopter une interprétation trop étroite. Il en est d'autres : La preuve de la filiation légitime ne résulte-t-elle pas, avant tout, de l'état d'époux

des auteurs ? et les termes généraux employés par le législateur n'ont-ils pas été choisis à dessein (1) ?

On a objecté que l'article 198 du Code Napoléon constituait un obstacle à l'adoption de cette théorie. Il n'en est rien : la matérialité de la célébration, dont les tribunaux répressifs peuvent connaître est une chose, et la validité du mariage en est une autre.

Les adversaires de ce système ont souvent affirmé que la Cour de Cassation avait admis, dans trois arrêts (2) que le juge pénal avait le droit d'apprécier si le second mariage était valide ou nul.

Ces arrêts sont loin d'être convaincants (3).

Dans le premier, la Cour Suprême décide « que le second mariage du réclament ayant les formes extérieures de la loi, sa nullité n'aurait point couvert le délit et qu'il n'y avait lieu à aucune question préjudicielle. » La Cour d'Assises n'a pas délibéré dans cette espèce sur la nullité invoquée, puisqu'elle l'a écartée par une fin de non recevoir.

L'interprétation donnée à la seconde décision par les commentateurs n'est pas plus pertinente.

Quant à la troisième, elle décide que la Cour d'Assises ne peut « hors la présence de la femme avec laquelle l'accusé avait contracté le second mariage, et sans qu'elle ait pu être appelée dans la cause, prononcer la nullité de ce second mariage. »

Indiquons enfin que certains auteurs (4) ont soutenu que

(1) BOURGUIGNON : *Code d'Instruction criminelle*, t. I, p. 16 ; LE GRAVEREND : *Traité de la Législation criminelle*, t. I, p. 42 « ... il est impossible d'attaquer les actes de mariage ou de décès sans attaquer aussi les actes de naissance, parce qu'ils se rattachent essentiellement à la filiation, et qu'en attaquant directement les uns on attaquerait directement les autres, et qu'on irait contre le vœu formel de la loi... »

Contra : DEMOLOMBE : t. 5, n° 276, p. 254.

(2) *Rej.*, 19 novembre 1807 ; *R. J. G. D.*, V° Bigamie, n° 33 ; *Rej.*, 18 février 1819 ; *R. J. G. D.*, V° Bigamie, n° 16 ; *B. 24* ; *Rej.*, 29 mai 1846 ; *B. 133* ; *D. P.*, 46-4-90.

(3) *BLANCHE* : t. V, n° 225 ; *GARÇON* : art. 340, n° 25.

(4) Cf. Auteur de la note au *D. P.* sous l'arrêt du 13 avril 1867, précité.

le renvoi devant la juridiction civile s'imposait par analogie avec les dispositions de l'article 357.

Cet argument est sans valeur.

Quoi qu'il en soit, la Cour de Cassation a toujours admis que l'article 326 du Code civil imposait le renvoi devant les Tribunaux civils, lorsque la validité du mariage se posait comme une question préjudicielle. La note du Président Barris l'indiquait déjà de façon formelle (1) et un arrêt (2) rendu en matière d'adultère, mais dont les motifs s'appliquent aussi à la bigamie consacre cette opinion.

Conclusion. — Pour résumer cette discussion, nous précisons les conclusions auxquelles nous sommes arrivés :

Si le fait de la célébration du mariage, élément de la bigamie est mis en doute, le Tribunal correctionnel a qualité pour connaître de l'incident.

Si la validité du mariage est contestée, il faut renvoyer devant le Tribunal civil pour statuer sur cette exception préjudicielle, sans avoir à rechercher le caractère de la nullité invoquée autrement que pour vérifier si l'accusé pourra ou ne pourra pas saisir la juridiction civile pertinemment et sérieusement.

Adultère

La question préjudicielle du mariage peut se poser à l'occasion d'une poursuite en adultère. Nous pensons que, dans ce cas encore, il y aura lieu de surseoir à l'instance pénale et de renvoyer le délinquant à se pourvoir devant le juge civil pour faire apprécier la validité de l'union.

(1) « ... et que les Tribunaux civils d'après l'article 326 du Code civil sont seuls compétents pour statuer sur les questions d'état... »

(2) Cass., 13 avril 1867 ; D. P., 67-1-353.

On a prétendu (1) qu'il existe « une différence très considérable entre les deux hypothèses » de bigamie et d'adultère. L'intention criminelle, a-t-on écrit, n'est pas établie lorsqu'un individu, connaissant la nullité de son mariage, en contracte un second sans avoir fait statuer par le Tribunal sur le vice qui entache le premier. Il y a là une « sorte de contravention mais rien de plus ».

Et l'on ajoute : en supposant un mariage dont les conditions essentielles sont réunies et dont l'annulation ne peut être demandée que par un seul époux, l'un des conjoints sera libre de violer impunément la foi conjugale. Ce qui sera un délit de la part de l'un n'en sera pas un de la part de l'autre.

Nous ne voyons pas ce qu'il y a d'inconciliable entre ces deux propositions. A supposer inique la règle selon laquelle l'individu dont l'union est atteinte d'une nullité relative peut se dégager de ses obligations et commettre un adultère le délit s'amenuisera-t-il s'il consacre cet adultère par un mariage qu'il n'avait pas le droit de contracter ? L'intention criminelle sera-t-elle plus certaine dans un cas que dans l'autre ? Nous ne le pensons pas.

En réalité, les arguments exposés en étudiant la bigamie doivent trouver ici encore leur application, et l'exposé des motifs de l'arrêt du 13 avril 1867 montre que telle est bien l'opinion de la Cour de Cassation.

Mariage cause d'aggravation ou atténuation de la peine

Dans les poursuites pour bigamie et pour adultère le Ministère Public doit rapporter la preuve du mariage. Il en est de même, lorsque l'état de mariage constitue une cause d'aggravation du sort de l'accusé. La preuve de l'union

(1) Voir la note au D. P. sous l'arrêt du 13 avril 1867 précité.

conjugale se rapporte normalement par la production de l'acte de mariage dans les conditions prévues par l'article 194 du Code civil.

Quand le mariage met un obstacle partiel ou total à la répression c'est à l'accusé qui s'en prévaut d'établir son existence, et le Ministère Public peut seulement opposer les nullités sur le fondement desquelles il lui est permis d'intenter une action civile pour attaquer l'union. Dans cette hypothèse, il y a lieu au renvoi de la question préjudicielle devant le Tribunal civil.

Autre circonstance dans laquelle l'existence du mariage se pose devant les juridictions répressives

La question de l'existence du mariage se pose encore devant les juridictions répressives à l'occasion de la déposition de certains témoins. L'article 322 du Code d'instruction criminelle dispose en effet que les mari et femme, même après le divorce prononcé, les alliés au degré de frères et sœurs, ne peuvent être entendus comme témoins, « sans que néanmoins l'audition des personnes ci-dessus désignées puisse opérer une nullité, lorsque, soit le Procureur général, soit la partie civile, soit les accusés, ne se sont pas opposés à ce qu'elles soient entendues ».

La partie qui invoque la parenté doit en rapporter la preuve et il n'y aura jamais lieu à renvoi devant la juridiction civile à cette occasion, le juge pénal statuant sur l'incident en application du principe selon lequel le juge de l'action est juge de l'exception.

PREUVE DU MARIAGE RÉSULTANT D'UNE DÉCISION PÉNALE

Au cours de nos recherches pour déterminer quel tribunal doit connaître des difficultés relatives au mariage, soulevées à l'occasion d'une instance pénale, nous avons été appelé à examiner successivement la preuve de la célébration et de la validité du mariage. Cette distinction s'impose pour l'étude de l'autorité des jugements rendus en la matière.

Preuve de la célébration du mariage

L'article 198 du Code civil dispose que « lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'une procédure criminelle, l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux, qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage ».

La rédaction de cet article prête à critiques. La pensée du législateur a été mal exprimée.

Les termes « procédure criminelle (1) » employés s'expliquent par le fait que la classification des infractions en crimes, délits et contraventions n'était pas encore précisée lors de l'élaboration du code civil. On parlait alors de « procédure criminelle » par opposition à « procédure civile (2) » Il en résulte qu'une interprétation large doit être donnée

(1) Nous croyons utile de reprendre ici une discussion que l'on trouve chez tous les auteurs qui ont étudié l'article 198 du Code civil. Notons que l'on dit aujourd'hui encore : Droit criminel, Code d'instruction criminelle, chose jugée au criminel, procédure criminelle, constat criminel, au criminel, matière criminelle ; sens générique indiquant toute la chose pénale.

(2) Cf. les ouvrages de JOUSSE et de POTHIER.

au texte et que l'infraction, base de la poursuite peut être soit un crime, soit un délit. L'examen des travaux préparatoires montre que l'intention des auteurs du Code civil était de comprendre tous les faits justiciables des tribunaux répressifs (1).

Bien que l'article 200 du Code civil ne parle que de l'« officier de l'état civil », la doctrine admet que le coupable peut être un simple particulier.

Pour que l'article 198 puisse jouer, il faut que l'action publique soit recevable. L'article 200 prévoit cependant une exception : Indépendamment d'une poursuite pénale, le Procureur de la République peut, après le décès de l'officier de l'état civil ou du tiers responsable de l'infraction, faire constater par le Tribunal civil la matérialité du crime ou du délit.

Il ne nous paraît pas moins certain que, si l'action publique se trouve éteinte pour une autre cause, par exemple par la prescription ou l'amnistie, la preuve de la célébration ne peut plus être établie que dans les conditions prévues par l'article 46 du Code civil, puisque, en vertu des dispositions de l'article 3 du Code d'instruction criminelle, le sort de l'action civile et celui de l'action publique sont liés (2).

La loi n'impose aucune autre condition et il n'est pas nécessaire que le jugement porte condamnation ; il suffit qu'il constate le fait matériel par lequel la preuve de la célébration a disparu.

Après un jugement correctionnel le problème de l'inscription ne présente aucune difficulté, car la décision rendue est toujours motivée. Il n'en va pas de même après une ordonnance d'acquiescement rendue par le Président de la Cour d'Assises. A notre avis, la transcription pourra encore être ordonnée puisque la Cour a la possibilité d'accorder

(1) AUBRY et RAU : dans la note 42, sous le n° 452 bis, t. 7, p. 31.

(2) PLANIOL et RIPERT : t. 2, n° 230, p. 186.

des dommages-intérêts en cas d'acquiescement et que la mesure de publicité présente, en partie, le caractère d'une réparation pour la victime.

*
* *

Quelle autorité s'attache à l'inscription du jugement sur les registres de l'état civil ?

La phrase laconique du Code civil a soulevé des controverses. Pour Demolombe (1), la procédure criminelle ne produit ses effets « qu'autant que les époux ou l'un d'eux ou les autres intéressés se sont portés partie civile ». Il soutient que deux personnes ne peuvent se trouver déclarées unies à la suite d'une procédure à laquelle elles sont restées étrangères. « Est-il possible, écrit-il, que Pierre et Sophie se trouvent ainsi mariés presque d'office et peut-être à leur insu ? » Cet auteur ne nous paraît pas avoir envisagé le cas avec beaucoup d'objectivité. Sur le terrain pratique où il se place, nous rétorquerons qu'il est bien peu vraisemblable que le Ministère Public, obligé d'établir l'existence de l'union conjugale de Pierre avec Sophie, ne se préoccupe pas de les appeler comme témoin dans l'instance qu'il engage. Sur le terrain juridique nous ferons observer que les intéressés ne se trouveront pas « mariés » d'office, mais seulement « déclarés mariés » et qu'il existe tout de même une différence entre les deux.

De sérieux arguments permettent de soutenir que l'inscription du jugement doit être opposable à tous.

Les termes employés par le législateur montrent que telle était bien son intention. Il ne serait pas possible de dire que la décision rendue « assure au mariage », à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage »

(1) DEMOLOMBE : t. III, n° 419, p. 617.

si les effets se trouvaient limités aux rapports entre ces personnes. Une telle mesure de publicité ne se comprend d'ailleurs que dans la mesure où l'acte inscrit a une valeur erga omnes.

Cette interprétation est conforme à la règle générale en vertu de laquelle la chose jugée au criminel a, en principe, une autorité absolue (1).

Validité du mariage

Lorsque le juge a condamné un individu prévenu de bigamie ou d'adultère, il a « nécessairement et certainement (2) » jugé que le délinquant était marié. Dans la première hypothèse, il a même affirmé que le délinquant a contracté successivement deux mariages. Ces faits ont acquis, à n'en pas douter, l'autorité qui s'attache à la chose jugée. Depuis que la bigamie et l'adultère constituent des délits la question ne saurait souffrir de difficultés.

Dans la pratique, il arrive souvent que les tribunaux ajoutent des indications qui « ne sont pas surabondantes peut-être, mais ne sont pas nécessaires (3) ». Par exemple, l'indication de la personne avec laquelle le bigame condamné a contracté son premier mariage. L'autorité de la chose jugée ne s'étend pas à de semblables énonciations, car elles n'ont pas été nécessairement jugées.

Le problème ne se pose pas en ce qui concerne les nullités du mariage soulevées incidemment au débat pénal, puisque leur connaissance échappe à la compétence des juridictions répressives, ainsi que nous l'avons vu (4).

(1) Sur les limites de la règle générale, cf. Cass. civ., 9 mai 1898 ; D. P. 98-1-505 et « de l'autorité de la Chose jugée au criminel sur le civil », par Pierre HÉBRAUD, p. 169-170.

(2) P. MIMIN, note au D. P., sous un arrêt du 9 juillet 1936 ; D. P., 1937-1-84.

(3) Note précitée.

(4) Cf. p. 147.

Il se complique, par contre, lorsque la décision du juge pénal est subordonnée à l'existence d'un mariage entre deux personnes données : par exemple, en matière de vol entre époux, de mariage d'une fille avec son ravisseur...

Le fait qu'un individu a été condamné pour avoir volé un objet mobilier à une femme déterminée ne prouve pas qu'il n'est pas l'époux de celle-ci, car l'état de mariage entre ces deux personnes n'a pas été certainement jugé, le Tribunal n'ayant pas à rechercher d'office s'il existe un lien d'alliance ou de parenté entre l'auteur de l'infraction et la victime.

Au contraire, et même en l'absence de toute discussion particulière, un jugement de relaxe, motivé par l'application de l'article 380 doit être considéré comme emportant autorité de la chose jugée sur le point dont nous nous occupons, car la question du mariage joue ici un rôle principal : elle est tranchée nécessairement de façon certaine.

Nous pourrions reprendre cette discussion, avec les mêmes raisonnements, pour chacun des cas où l'état de mariage forme une circonstance aggravante ou atténuante. Nous aboutirions à des conclusions analogues. Nous ne le ferons pas et nous bornerons, sur ce sujet, à signaler une dernière difficulté.

La Cour d'Assises peut, dans les mêmes conditions que les Tribunaux correctionnels, être appelée à connaître de l'existence d'un mariage.

Pour ne pas reconnaître aux arrêts de la Cour d'Assises l'autorité de la chose jugée, la Cour de Cassation (1) et les auteurs (2) décident qu'en matière de filiation le jury apprécie une filiation purement physique, ou encore reconnaissent à cette juridiction le droit de créer des fictions (3).

La distinction entre la filiation de droit et la filiation de

(1) Crim., 25 mars 1843 ; R. J. G. D., V^o Attentat aux mœurs, n^o 119 ; Crim., 16 janvier 1879 ; D.P., 79-5-116 ; Crim., 8 avril 1910 ; B. 177 ; Crim., 2 mai 1936 ; D. P., 1936-1-101.

(2) LACOSTE : De la chose jugée, n^o 1.256 ; HÉBRAUD : p. 359.

(3) SAVATIER : note au D. P., 1936-1-101 sous l'arrêt du 2-5-1936.

fait repose sur une base sérieuse, puisque les Tribunaux civils attachent aux liens du sang diverses conséquences (1).

Mais une telle subtilité ne peut être admise pour le mariage. La notion de mariage est essentiellement juridique, et l'on ne saurait la modifier sans l'anéantir (2).

D'autre part, aucune loi n'a reconnu au jury le droit de créer des fictions en vue de la fixation de la peine (3).

Il faut donc admettre que l'autorité de la décision ne dépend pas de la juridiction par laquelle elle est rendue, et que, pour résumer, « en face d'un principe universel, celui de l'autorité au civil de la chose jugée au criminel, il est logique de rechercher avec rigueur quelle chose est certainement et nécessairement jugée ; il n'est pas permis de rejeter le principe sous prétexte que la chose jugée se présente en telle forme ou émane de telle juridiction (4) ».

Nous avons précédemment indiqué que certaines personnes ne peuvent témoigner devant les Tribunaux répressifs en raison d'un lien de parenté qui les rattachent à l'accusé, et que le juge pénal saisi de l'incident a qualité pour le trancher. Lorsqu'il en aura été ainsi, le juge civil ne se trouvera pas lié par la décision du juge répressif (5). Il en résultera parfois des contrariétés de jugement, à la suite desquelles la procédure pénale apparaîtra entachée d'une irrégularité, mais une solution différente ne saurait être adoptée. Il est impossible d'admettre que les « questions civiles accessoirement ou incidemment soulevées à l'occasion de l'action publique » puissent acquérir l'autorité de la chose jugée (6).

(1) GAUDEMET : *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1911, p. 229 et parmi la jurisprudence récente, Paris 13 novembre 1933 ; *Gaz. Pal.*, 1934-1-134 ; Paris, 1^{er} mai 1935 ; D. H., 1935-256.

(2) HÉBRAUD : p. 340.

(3) Cf. la discussion de cette théorie dans la note de M. Mimin au D. P., 1937-1-84 précitée.

(4) M. MIMIN : note précitée au D. P., de 1937.

(5) LACOSTE : n° 1.252 ; HÉBRAUD : p. 275.

(6) AUBRY et RAU : n° 769, t. XII, p. 474.

CONCLUSION

Pour terminer cette étude relative au mariage dans ses rapports avec le droit pénal, nous aurions aimé dégager une vue d'ensemble sur la matière traitée.

La réalisation de ce désir ne nous paraît pas possible.

Nous avons abordé une série de questions très différentes, sans liens entre elles, que le législateur a traitées sans avoir d'idée directrice unique. Les dispositions pénales concernant le mariage ont été promulguées en plusieurs fois : le Code civil, le Code pénal, puis des lois particulières ont marqué les étapes successives.

Le parallélisme partiel entre les règles civiles et leurs sanctions pénales n'a cessé de se fausser. L'érection en délit des diverses fautes commises par l'officier de l'état civil forme un système dont la complexité n'est compensée par aucun avantage réel.

Depuis 1810 les conditions d'existence ont beaucoup évolué :

Sur le terrain administratif, les maires, anciens fonctionnaires municipaux, choisis et rétribués par le Gouvernement, sont devenus des auxiliaires bénévoles de la justice.

Sur le terrain moral, les mœurs n'ont cessé de se relâcher. Les unions conjugales, chaque jour plus fragiles ont perdu leur stabilité. L'idée qu'il existe des devoirs entre époux a été battue en brèche et les divorces « d'accord » tolérés par la pratique ont pu laisser croire à certains qu'il existait un droit à l'adultère.

Sur le terrain juridique, des mesures d'opportunité qui

se justifiaient à l'époque où le Code pénal fut élaboré ont perdu leur raison d'être. Des peines prévues par la loi ne sont plus jamais prononcées.

Les réformes partielles et les additions opérées depuis le début du siècle sont insuffisantes pour adapter la législation à la Société moderne.

Une révision des textes dont les dispositions constituent aujourd'hui des anachronismes est souhaitable. Nous allons l'examiner en prenant comme base de discussion le projet de Code pénal de 1934 (1).

*
* *

Le projet de Code pénal de 1934 prévoit une peine d'amende contre l'officier de l'état civil qui aura célébré un mariage sans avoir exigé au préalable le consentement « des père et mère ou autres personnes » dans les cas où celui-ci doit être donné, ou qui aura procédé à la célébration du mariage d'une femme déjà mariée, avant l'expiration du délai de viduité.

L'article 233 pose en principe que la peine « sera appliquée, alors même que la nullité des actes n'aurait pas été demandée ou aurait été couverte ».

Formulons d'abord une critique de la forme :

Pourquoi écrire (art. 233) : « Les peines portées aux trois articles précédents seront appliquées alors même que la nullité... » puisque le fait constitutif de l'infraction prévue à l'article 232 n'entache pas le mariage de nullité ?

Puis une critique du fond :

A l'imitation des textes de 1810 les nouveaux articles visent seulement l'officier de l'état civil et laissent impunis les conjoints qui ont pu encourager ou provoquer la fraude.

(1) Documents parlementaires, Chambre, annexe 3.351, *J. O.*, 1934, p. 523.

L'élaboration d'un nouveau Code pénal constitue une excellente occasion pour faire cesser la dualité des textes répartis entre le Code civil et le Code pénal.

Si l'on se reporte aux Codes étrangers récents, on note qu'ils ont tous été conçus dans un esprit de simplification très marqué. Cette voie mérite d'être suivie. Nous proposerons les formules suivantes destinées à sanctionner les infractions qui peuvent prendre jour lors de la formation du mariage :

« Quiconque aura contracté sciemment un mariage nul, sera, au cas où le dit mariage viendrait à être annulé, puni d'une amende de 50 à 1.000 francs. »

« L'officier de l'état civil qui aura procédé à la célébration d'un mariage annulable, ou qui, avant l'expiration du délai prescrit par l'article 228 du Code Civil, aura reçu l'acte de mariage d'une femme déjà mariée, sera puni d'une amende de 200 à 2.000 francs. »

La sanction du principe de laïcité, maintenue dans l'article 348 du projet, n'a plus de raison d'être. L'expérience législative de pays voisins montre que son abrogation peut être réalisée sans inconvénient.

Le projet de Code pénal prévoit d'importantes modifications dans la répression de l'adultère : L'homme et la femme, soumis à la même obligation de fidélité, encourent, en cas d'infraction, les mêmes pénalités d'amende et d'emprisonnement. Le complice est punissable comme l'auteur principal, aucune condamnation ne peut être prononcée « en cas de connivence du conjoint ». Enfin, le régime des preuves admissibles devient celui du droit commun.

Lors de notre examen de ce délit nous avons soutenu qu'il était équitable d'assimiler l'infraction commise par le mari à celle commise par la femme. Nous ne pouvons qu'approuver les dispositions nouvelles qui tendent vers ce but. Par contre, l'obstacle aux poursuites apporté par

la connivence du conjoint ne doit pas être maintenu. L'adultère est un délit contre la famille, à ce titre, il intéresse la Société entière, l'obligation de fidélité imposée par la loi n'est pas facultative et la connivence ne saurait constituer autre chose qu'une clause immorale, sans valeur juridique.

Le nouvel article 405 qui réprime l'abandon de famille apporte un seul changement dans la législation actuelle. Le prononcé d'une peine d'emprisonnement n'est plus obligatoire lorsque le délinquant est en état de récidive. Modification heureuse puisque, par le jeu des circonstances atténuantes, la disposition abrogée était dépourvue d'effet.

La forme du texte relatif à l'immunité prévue par l'article 380 du Code pénal est changée. La situation des coauteurs, complices et receleurs se trouve précisée et les solutions jurisprudentielles consacrées par la loi. L'immunité ne s'étend pas au vol « commis avec l'aide de violence ».

A l'imitation de législations étrangères, le projet de Code pénal décide que le mariage entre l'auteur d'un attentat à la pudeur ou d'un viol et la victime met obstacle aux poursuites et à l'exécution de la peine. La faute est présumée pardonnée, réparée, et il n'est plus opportun d'engager une procédure qui, en frappant un coupable, atteindrait aussi la victime.

*
* *

La matière que nous avons traitée appelle des réformes. Sans doute la jurisprudence est-elle parvenue à remédier à certaines imprécisions légales ; elle n'a pu ni suppléer aux lacunes ni modifier la loi. Il appartiendra aux auteurs du futur Code pénal de le faire. Le projet de 1934 se présente, pour reprendre une expression employée par M. Donnedieu de Vabres au sujet de l'avant projet de 1930 (*Gaz. Pal.*

du 5 janvier 1933) comme « une œuvre remarquable » mais appelle encore quelques critiques. Espérons que, lors de l'élaboration du texte définitif, le législateur, tenant compte des travaux de la doctrine et de la jurisprudence, saura compléter les règles anciennes, réformer les dispositions devenues désuètes et supprimer celles qui ne se justifient plus.

VU :

Le Doyen,

H. NEZARD.

VU :

Le Professeur, Président de la Thèse,

B. PERREAU.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie,

Président du Conseil de l'Université,

P. DAURE.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil français, 5^e édit., 12 vol.
- BASDEVANT (Jules). — Des rapports de l'Église et de l'État dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code Civil. Thèse, Paris, 1900.
- BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE. — Cours de Droit civil, 27 vol., Paris, 1896.
- BLANCHE (Antoine). — Études sur le Code Pénal, 7 vol., Paris, 1861.
- BONNIER : Traité théorique et pratique des preuves, Paris, 1888.
- BOUCHE (A.). — Étude sur l'adultère au point de vue pénal. Thèse, Paris, 1893.
- BOURGUIGNON. — Jurisprudence des Codes Criminels, 3 vol., 1829.
- CARNOT. — Code d'Instruction criminelle, 2^e édit., 4 vol.
- CASANOVA (Pierre). — L'abandon de famille en Droit pénal français. Thèse Montpellier, 1931.
- CHAUVEAU-ADOLPHE et FAUSTIN-HÉLIE. — Théorie du Code Pénal, 8 vol. Paris, 1837.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de Droit civil français, 5^e édit., 3 vol.
- D'AGUESSEAU. — Œuvres, 13 vol., Paris, 1787-1789.
- DALLOZ. — Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, 44 vol. + 19 vol. de supplément.
- DECHAMBRE (Jean). — L'abandon de famille sanction pénale d'une obligation civile. Thèse, Paris, 1929.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, 32 vol., Paris, 1854.
- DERANSART (A.). — Répertoire des crimes, délits et contraventions, 4^e édit., Paris, 1936.
- DERANSART et SAVAGNER. — La pratique des Parquets, 3 vol. Collection des juriscenseurs.

- DONNEDIEU DE VABRES. — Traité élémentaire de Droit criminel et de législation pénale comparée.
- DUVERGER (F.). — Manuel des Juges d'Instruction, 3 vol., Paris, 1844.
- ESMEIN. — Le mariage en Droit canonique, 2 vol., Paris, 1891.
- FAUCHER (H.). — Le domicile conjugal dans l'entretien de concubine, Paris, 1939.
- FAUSTIN-HÉLIE et JOSEPH-DESPEIGES. — Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, 1 vol. + 1 suppl., Paris, 1938.
- GABOLDE (M.). — Manuel dictionnaire des Juges d'instruction, 1 vol., Paris, 1936.
- GARÇON. — Code Pénal annoté, 1 vol. + 1 suppl.
- GARRAUD (R.). — Traité théorique et pratique du Droit pénal français, 5 vol. + 1 suppl., Paris, 1888.
- GINESTOUS (S.). — Les articles 212, 213, 214 du Code Civil. Thèse, Paris, 1935.
- GIRAULT (Pierre). — L'abandon de famille. Thèse, Poitiers, 1927.
- GLASSON. — Le mariage civil et le divorce, Paris, 1880. Du consentement des époux au mariage, Paris, 1886.
- GODEFROY (Jacques). — Commentaire sur la coutume réformée du pays et du duché de Normandie, Rouen, 1626.
- GOYET. — Précis de Droit pénal spécial, 2^e édit.
- HÉBRAUD (Pierre). — De l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil. Thèse, Toulouse, 1929.
- HOFFMANN. — Questions préjudicielles.
- HUBERTY (Lucien). — L'abandon de famille. Thèse, Strasbourg, 1933.
- JOUSSE. — Traité de Justice criminelle, Paris, 1771.
- LABEDA (Jean). — Le délit d'abandon de famille. Thèse, Caen, 1933.
- LACOSTE (P.). — De la chose jugée, Paris, 1894.
- LE BAS (Eugène). — Des conséquences civiles et pénales de l'adultère en Droit romain et en Droit français. Thèse, Caen, 1894.
- LE GRAVEREND. — Traité de la législation criminelle, 2 vol., Paris, 1823.
- LE POITTEVIN (G.). — Dictionnaire formulaire des Parquets et de la police judiciaire, 6^e édit., 4 vol. + 1 suppl. Dictionnaire formulaire de la Simple Police, 2^e édit., 4 vol.

- LOCRE. — La législation civile, commerciale et criminelle de la France, 31 vol., Paris, 1827.
- MANGIN. — Traité de l'action publique et de l'action civile, 3^e édit., 2^e vol.
- MARCY. — Dictionnaire des Juges d'Instruction, 2 vol., Paris, 1901.
- MASSON (Paul). — Étude sur la Bigamie et spécialement dans ses rapports avec le Droit civil. Thèse, Paris, 1917.
- MAZAUD (H.) et MAZAUD (L.). — Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle, 3^e édit., 3 vol.
- MERCIER (E.). — Traité théorique et pratique des actes de l'état civil, 2^e édit., Paris, 1892.
- MERLIN. — Répertoire général et raisonné de jurisprudence, 4^e édit., 14 vol. + 3 suppl.
- MIMIN (Pierre). — Le concours du Jury à la détermination de la peine, Paris, 1933.
- MORIN (Achille). — Répertoire général et raisonné de Droit criminel, Paris, 1850.
- MORIN (R.). — La sanction pénale de l'adultère. Thèse Poitiers, 1911.
- MUYART DE VOUGLANS. — Les lois criminelles, Paris, 1767.
- PLANIOI et RIPERT. — Traité pratique de Droit civil français, 14 vol.
- POTHIER. — Traité du contrat de mariage par l'auteur du traité des obligations, 2 vol., Paris, 1771.
- RIEFF (M. C.). — Commentaire sur la loi des actes de l'état civil, 2^e édit.
- RIPERT (G.). — Le régime démocratique et le Droit civil moderne.
- SAILLARD. — De l'abandon de famille, Paris, 1930.
- SOUHATIN (Ch.). — Manuel théorique et pratique de l'état civil, 2^e édit.
- SOURDAT. — Traité de la responsabilité, 2 vol., Paris, 1876.
- TOULLIER. — Le Droit civil français suivant l'ordre du Code Civ., Paris, 1811 (1^{re} édit.) et Paris, 1819 (2^e édit.), 15 vol.
- TRÉBUTIEN. — Cours élémentaire de Droit criminel, 2^e édit., 2 vol., 1884.
- VIDAL et MAGNOL. — Cours de Droit criminel et de Science pénitentiaire, 8^e édit., 1 vol., 1935.
- ZACHARIAE. — Cours de Droit civil français. Édition Vergé et Massé.

JURISPRUDENCE

Ancienne :

BRILLON. — Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, Lyon, 1781.

DENISARD (J. B.). — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, 9^e édit., Paris, 1772.

Moderne :

Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation.

Dalloz. Recueil périodique et critique.

Dalloz hebdomadaire.

Gazette du Palais.

Gazette des Tribunaux.

Recueil des arrêts Caen et Rouen.

Recueil Sirey.

Répertoire de jurisprudence Commaille.

PUBLICATIONS PÉRIODIQUES

Journal Officiel.

Bulletin Officiel du Ministère de la Justice.

Journal des Parquets.

La semaine internationale de droit.

La semaine juridique.

Les lois nouvelles.

Revue de Science criminelle.

Revue internationale de Droit pénal.

Revue pénitentiaire et de Droit pénal.

Revue trimestrielle de Droit civil.

CODES

Code pénal annoté. Dalloz.

Code pénal annoté. Sirey.

Code civil annoté. Dalloz.

CODES ÉTRANGERS

- Les Codes de la Russie Soviétique (1927). Traduction Patouillet,
4 vol.
Code pénal espagnol (1928). Traduction Magnol et de Moulins.
Code pénal italien (1930). Traduction Casabianca.
Code pénal danois (1930). Traduction Schroll.
Code pénal polonais (1932). Traduction Berezowski.
Code pénal de la République de Chine (1935). Traduction Ho
Tchong Chan.

OUVRAGES DIVERS

- MONTESQUIEU. — L'esprit des lois.
ROBIQUET (Jean). — La vie quotidienne sous la Révolution,
Hachette.
ROUSSEAU (J. J.). — Le contrat social.
ROUSSEAU (J. J.). — Emile.
TARDE. — La criminalité comparée.
VOLTAIRE. — Dictionnaire philosophique.
Statistiques criminelles publiées par le Ministère de la Justice.
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Les sanctions pénales des règles relatives à la formation du mariage

HISTORIQUE :

Ancien Régime	17
Droit intermédiaire	21
Droit moderne	22

SANCTIONS DES RÈGLES DE FOND RELATIVES A LA FORMATION DU MARIAGE :

Bigamie	25
Délai de viduité	28
Obligation de résidence des étrangers.	31
Consentement des parents.	34
Notification aux parents de l'union projetée.	41
Célébration du mariage malgré une opposition	43
Nécessité d'une autorisation pour le mariage des mili- taires	44

SANCTIONS DES RÈGLES DE FORME RELATIVES A LA FORMATION :

Publications	45
Publicité.	47
Laïcité	49
Historique	49
Limites d'application	52

Eléments du délit.	56
Critique	58
Compétence	59
Complicité	61

DEUXIÈME PARTIE

Les sanctions pénales des devoirs issus du mariage

DEVOIR DE FIDÉLITÉ : ADULTÈRE :

Historique	64
Caractères du devoir de fidélité dans le droit moderne.	67
Mesure dans laquelle les poursuites pour adultère sanctionnent les manquements au devoir de fidélité. . . .	68
Pouvoirs de l'époux outragé	72
Conclusion	75

DEVOIR DE SECOURS ET D'ASSISTANCE : ABANDON DE FAMILLE :

Devoirs de secours et d'assistance :

Caractère et étendue	79
Sanction civile	82

Abandon de famille :

Historique et législation comparée	83
Eléments du délit.	85
Défaut de paiement.	86
Intention du débiteur.	87
Durée de l'abstention.	89
Décision judiciaire fondée sur un devoir de famille.	89
Sanction de l'obligation alimentaire entre alliés. . .	97
Conclusion.	99

TROISIÈME PARTIE

Répercussions de l'état de mariage sur la responsabilité résultant d'une infraction pénale

RÉPERCUSSIONS DE L'ÉTAT DE MARIAGE SUR LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES AUTEURS D'INFRACTIONS :

Etat de mariage obstacle absolu à la répression. . . . 102

Immunité, article 380 du Code pénal :

Historique 102

Fondement et caractère de l'immunité 103

Situation des coauteurs et complices 107

Délits couverts par l'immunité. 110

Limites d'application 112

Durée de l'immunité 114

Enlèvement de mineur :

Etendue de l'exception 116

Conditions d'application. 117

Situation des complices 121

Enlèvement d'une femme mariée mineure. . . 121

Attentat à la pudeur sans violence 122

Viol 122

Violation du secret de la correspondance 123

Recel de malfaiteur ou d'insoumis 124

État de mariage obstacle partiel à la répression :

Mendicité 125

Vol 126

État de mariage cause d'aggravation de la répression :

Attentat à la pudeur 127

Meurtre d'un époux par son conjoint 128

RÉPERCUSSIONS DE L'ÉTAT DE MARIAGE SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE RÉSULTANT D'UNE INFRACTION PÉNALE. . 130

QUATRIÈME PARTIE

Preuve du mariage dans ses rapports avec le droit pénal

PREUVE DU MARIAGE DEVANT LES JURIDICTIONS PÉNALES :

Généralités	137
Bigamie	139
Etude de la question préjudicielle.	139
Juridiction compétente pour connaître de la nullité invoquée.	142
Conclusion	146
Adultère	146
Mariage cause d'aggravation ou d'atténuation de la peine	147
Autres circonstances dans lesquelles l'existence du mariage se pose devant les juridictions répressives. .	148

PREUVE DU MARIAGE RÉSULTANT D'UNE DÉCISION PÉNALE :

Preuve de la célébration du mariage	149
Validité du mariage.	152

CONCLUSION	155
----------------------	-----

BIBLIOGRAPHIE	161
-------------------------	-----

TABLE DES MATIÈRES	167
------------------------------	-----

